

TEMA 14

La Regulación Convencional de la Responsabilidad Civil (Cláusulas Convencionales)¹

.....

SUMARIO: 1. Generalidades 2. Cláusulas de exoneración total 3. Cláusulas de responsabilidad limitada 4. Cláusulas de ampliación o agravación de la responsabilidad del deudor 5. La cláusula penal 6. Las arras

1. Generalidades

La autonomía de la voluntad, cuyo límite lo determina el propio ordenamiento jurídico, puede encontrar aplicación en materia de regulación convencional o contractual de la responsabilidad civil.

Las cláusulas convencionales sobre responsabilidad pretenden regular una posible responsabilidad del deudor. Su objeto es establecer una regulación en tal sentido, sin remitir exclusivamente a la regulación legal. Entre sus ventajas se reseña que evita controversias o discusiones, aunque pueden servir también para extender la responsabilidad del deudor (en supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o culpa levísima) así como atemperar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. Son comunes en los contratos de adhesión. Tienen sus ventajas e inconvenientes, aunque puede verse como un medio técnico dirigido al cumplimiento de ciertos fines². Entre las desventajas se cita que puede favorecer la negligencia del deudor³. Indica el artículo 1.276 CC: “*Cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras*”.

¹ Véase: MÉLICH ORSINI, José: *La regulación convencional de la responsabilidad civil y otras cláusulas accesorias de los contratos*. En: 200 años del Colegio de Abogados. Libro Homenaje. Colegio de Abogados del Distrito Federal, Vol. II, 1989, pp. 87-154; CORSI, Luis: *Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la Responsabilidad contractual*. En: Revista de Derecho N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 3-47; GARCÍA DE ASTORGA, Amarilis y Tanía GONZÁLEZ BOLIVAR: *Las cláusulas limitativas y de exoneración de la responsabilidad negocial en materias de seguro de Daños*. En: Revista de Derecho Privado N° 1-4, Caracas, octubre-diciembre 1984, pp. 36-52; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 523 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 243 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 286-300; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 100 y 101; MUNIZ ARGÜELLES, Luis: *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses*. Bogotá, Temis, 2006; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 210-212; PUIG I FULLOL y otros, *ob. cit.*, pp. 323-325; SILVA RUIZ, Pedro: *Cláusulas modificativas/ limitativas de la responsabilidad contractual (Derecho puertorriqueño y estadounidense)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-24, www.acaderc.org.ar

² CORSI, *Contribución...*, p. 5.

³ LAGRANGE, *Apuntes...*

Entre sus variantes o clases la doctrina ubica: 1. Las cláusulas de no responsabilidad o exoneración 2. Las cláusulas de responsabilidad limitada 3. Las cláusulas de agravación o ampliación de la responsabilidad 4. La cláusula penal y 5. Las arras.

2. Cláusulas de exoneración total

A tales cláusulas se les reconoce validez dentro de los límites generales de la autonomía de la voluntad⁴. No se admite sin embargo la exoneración de la responsabilidad en los siguientes supuestos:

2.1. Por *dolo o culpa grave*⁵ (ej. Art. 1506 CC) por ser contrario al orden público y ser manifestación de una carencia de voluntad de obligarse, según se indicó a propósito de la culpa como requisito de la responsabilidad contractual⁶. No cabe pues exonerar por dolo o culpa grave.

2.2. Aquella referida a daños relativos al cuerpo u otros *derechos personalísimos*, toda vez que estos conforman derechos irrenunciables teñidos por la noción de orden público⁷.

2.3. Violatorias del *orden público* entre las que cabe ubicar las cláusulas "*abusivas*"⁸, aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones⁹. Siendo ejemplos de tales¹⁰ las que imponen plazos de caducidad excesivamente cortos o pretenden requisitos de difícil verificación¹¹, que acortan el lapso de prescripción¹², que imponen regulación de jurisdicción,

⁴ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 152.

⁵ Véase: CORSI, *Contribución...*, pp. 19-22.

⁶ Véase *supra* tema 10.2.2.1.

⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 80 y 81; DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, pp. 136 y 137.

⁸ Aquellas desproporcionadas, excesivas y odiosas y por tal contrarias a la buena fe. Véase: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *Cláusulas abusivas...*, pp. 257-341; CORSI, *Contribución...*, pp. 27-43; SOTO COAGUILA, Carlos: *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 140, Vol. 69, 2002, pp. 179-220; DÍAZ BRAVO, Arturo: *Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado (a la luz del Derecho mexicano)*, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello N° 57, 2002, pp. 441-452; DURÁN RIVACOBRA, Ramón: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Estudio comparado de la Ley española de 1998 y el ordenamiento peruano)*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 439-509; CHABAS, Francois: *El régimen de las cláusulas abusivas y la protección para las partes consumidora y comerciantes*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 253-275; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 288; DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 49.

⁹ Véase sentencia citada: TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html>; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 395, son contrarias a la buena fe y propician un desequilibrio de las prestaciones.

¹⁰ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 536 y ss.; ACEDO SUCRE, *Cláusulas abusivas...*, pp. 273-289.

¹¹ Véase: CORSI, *Contribución...*, pp. 37-39.

¹² Véase: *ibid.*, pp. 35-37.

el sometimiento a arbitraje¹³, la suspensión unilateral del contrato o la renovación automática del mismo y las limitativas del derecho a la defensa¹⁴ como la inversión de la carga de la prueba¹⁵ (así como imponer domicilio de elección o renuncia al domicilio en contratos de adhesión). La doctrina también ubica dentro de la noción de orden público la materia relativa al consumo, a propósito de la improcedencia de cláusulas de este tipo¹⁶, que son comunes en los contratos de adhesión pero la ley especial trata de minimizarlas¹⁷. Se distingue también las cláusulas “sospechosamente abusivas” que agravan la responsabilidad de la contraparte del proponente de las condiciones generales de contratación¹⁸.

2.4. Las relativas a *obligaciones esenciales*, esto es, aquellas que constituyan la esencia o fundamento de la respectiva relación obligatoria. En efecto, la doctrina extranjera ha indicado acertadamente que carecen de validez “las cláusulas que excluyen la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato excluyen a la vez la obligación misma. La voluntad de las partes ha sido no obligarse jurídicamente”¹⁹. Con base a dicho criterio pudiera concluirse que los casos de exoneración total de responsabilidad no podrían versar sobre obligaciones esenciales sino sobre las accesorias, esto es, aquellas que no sean determinantes en la esencia o cumplimiento de la prestación principal que propicia el contrato en cuestión, porque lo contrario refleja una ausencia de voluntad de obligarse. Tal sería el caso de que el transportista pretende exonerarse en caso de no cumplir el transporte.

¹³ Véase: Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial E. 36.430 del 7-4-98), art. 6: “...en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”; TSJ/SPA, Sent. N° 672 del 10-6-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178361-00672-10615-2015-2013-0964.HTML> ; Véase *infra* tema 20.4.8.

¹⁴ ACEDO SUCRE, *Cláusulas abusivas* pp. 306-322.

¹⁵ CORSI, *Contribución...*, pp. 39-42.

¹⁶ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 288.

¹⁷ Véase: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Responsabilidad civil como mecanismo de protección de consumidores y usuarios*. En: Homenaje a Anibal Dominici. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 74-80.

¹⁸ ACEDO SUCRE, *Cláusulas abusivas...*, p. 290.

¹⁹ Véase: GALINDO GARFIAS, Ignacio: *La validez de las cláusulas de no responsabilidad o limitativas de responsabilidad*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/415/5.pdf>. 51. Agrega el autor que los elementos esenciales del contrato, así como la naturaleza jurídica y la función instrumental de cada contrato no puede ser desvirtuada por la autonomía de la voluntad (*ibid.*, p. 46). Véase en el mismo sentido: GONZÁLEZ CASTILLO, Joel: *Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites*. Revista Chilena de Derecho Vol. 38, N° 1, 2011, pp. 89-100, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000100005&script=sci_arttext no cabe la exoneración de responsabilidad de “obligaciones esenciales”; “las exonerativas no serían válidas por falta de causa”. Por ejemplo: acordar que el transportista no responde por el transporte de la mercancía o que el Porteador no responde por daños.

2.5. Cuando el hecho califica como *hecho ilícito*, pues no cabe excluir por acuerdo la procedencia de responsabilidad extracontractual, dada la admisión del cúmulo de la responsabilidad²⁰.

2.6. *Imposibilidad de dirigirse contra el patrimonio del deudor*: en sentido semejante a los anteriores se afirma que el citado principio de responsabilidad patrimonial universal se configura con “carácter imperativo (no dispositivo), por lo que no caben los pactos de exoneración de la responsabilidad que le impidan al acreedor en caso de incumplimiento dirigirse contra el patrimonio del deudor haciéndolo intocable²¹.”

3. Cláusula de responsabilidad limitada²²

Refiere Mélich Orsini que las anteriores se distinguen de las cláusulas reguladoras de la responsabilidad civil que se refieren no a la configuración de la obligación en sí misma, sino al ulterior momento de su incumplimiento y de la sanción que engendra éste²³. Las cláusulas de limitación ciertamente deben pactarse antes de que nazca la responsabilidad²⁴, tratan de moderar o matizar la responsabilidad ya en orden a la cuantía del resarcimiento, ya en tema de causa, esto es graduando la diligencia exigible, y con ello, la culpa del deudor²⁵. Mélich coloca como ejemplo de las mismas aquellas que limitan la cuantía de la indemnización, que regulan la caducidad contractual y las que acortan el lapso de prescripción²⁶. Aunque dado el carácter irrenunciable por anticipado que presenta la prescripción cabe dudar de la validez de esta última, amén que se presenta como abusiva²⁷ dada la limitación sustancial que supondría respecto del ejercicio de un derecho.

La doctrina extranjera coloca como ejemplos: aquellas que recaen sobre las condiciones de la responsabilidad en especial aquellas que establecen que solo se responderá si el incumplimiento deriva de un tipo de culpa o que solo se responderá si el daño a pagar es solo un daño emergente o un lucro cesante, o que se responderá sólo si el daño proviene de una específica causa. Con respecto a las cláusulas sobre los efectos de la responsabilidad

²⁰ ACEDO SUCRE, *Cláusulas...*, p. 296, pues la responsabilidad contractual no excluye la responsabilidad por hecho ilícito. Por lo que no es conforme a derecho.

²¹ ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 213.

²² Véase: ACOSTA, José Manuel: *Cláusulas restrictivas de responsabilidad: un acercamiento a sus principales problemáticas*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 277-291; GARCÍA AMIGO, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, 1965.

²³ Véase: MÉLICH, *Doctrina...*, p. 548.

²⁴ GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 91.

²⁵ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 152. Véase también: GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 85, son aquellas que en cualquier modo limitan la responsabilidad contractual regulada legislativamente por el Código.

²⁶ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 548.

²⁷ Véase: ACEDO SUCRE, *Cláusulas...*, p. 314.

es de destacar dos tipos, aquellas que recaen sobre el tipo de reparación y aquellas que recaen sobre el *quantum* de la reparación. Entre las cláusulas sobre aspectos procesales de la responsabilidad destacan, las de jurisdicción y competencia, sobre términos y plazos para ejercer acciones y sobre la carga de la prueba²⁸.

Refiere Lagrange que las mismas por aplicación de la autonomía de la voluntad pudieran limitar la responsabilidad del deudor en determinados supuestos, atribuir carácter compensatorio, prever una indemnización ante el incumplimiento, en caso de retardo, etc.

Aunque según indicamos se niega toda eficacia a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad patrimonial por su carácter universal, se admite doctrinariamente las cláusulas que limitan los supuestos que dan lugar a la responsabilidad, siempre que las mismas estén dentro de la materia permitida por la autonomía de la voluntad²⁹, por lo que los límites vienen dados por la ley, el orden público y las buenas costumbres (moral)³⁰. Tales cláusulas son utilizadas habitualmente en la contratación en masa por lo que el Legislador ha tratado de evitar abusos³¹.

4. Cláusulas de ampliación o agravación de la responsabilidad del deudor

Se admite que por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, las partes bien podrían pactar dentro de los límites del orden público, cláusulas que tiendan a agravar o ampliar la responsabilidad del deudor. Así pues se admiten entre éstas la posibilidad de disponer que el deudor responda inclusive por causa extraña no imputable³², así como por culpa levísima³³.

Sobre la posibilidad de excluir la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya nos pronunciamos previamente por su negativa siguiendo la orientación de la doctrina de considerarla por esencia "imprevisible"³⁴, pudiendo llegar a constituir inclusive una cláusula abusiva porque a diferencia de pactar responder por causa extraña no imputable, que radica simplemente en trasladar el peso de una imposibilidad sobrevenida, la pretensión absoluta de excluir a la imprevisión bien pudiera llevar a la ruina de una de las partes, lo cual contraría la equidad, la justicia y el justo equilibrio de las prestaciones como principios o reglas básicas de la materia que nos ocupa.

²⁸ GUAL ACOSTA, *ob. cit.*, p. 287.

²⁹ ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 214; GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 50.

³⁰ GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 133.

³¹ ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 215; GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 38, la mayoría de las cláusulas limitativas de responsabilidad se aprecian en los contratos de adhesión por lo que pueden configurarse abusos en este sentido y lindar con las cláusulas abusivas.

³² BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 288.

³³ Véase: MÉLICH, *Doctrina...*, p. 561; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 153.

³⁴ Véase *supra* tema 8.6; LUPINI BIANCHI, *Notas...*, pp. 320-322.

5. La cláusula penal³⁵

Se manifiesta como un modo de responsabilidad distinto al legal, producto de la autonomía de la voluntad³⁶, pues “la voluntad es su única fuente”³⁷. Constituye una “preconstitución contractual de una responsabilidad patrimonial particular para los casos de incumplimiento parcial, defectuoso, retraso o incumplimiento de una obligación”³⁸. Se le denomina también “multa convencional”³⁹ y configura un arreglo anticipado de estimación de daños que pactan las partes⁴⁰. Se trata de un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona a fin de reforzar el cumplimiento de una obligación, se compromete a satisfacer cierta pretensión indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente⁴¹.

La cláusula penal también llamada pena convencional es una estipulación de carácter accesorio⁴² por la que se establece una sanción, generalmente pecuniaria para el caso de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente su obligación.

³⁵ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268*, pp. 145-269; MÉLICH ORSINI, José: *La cláusula penal en los contratos y sus efectos*. En: Libro Homenaje a las X Jornadas “Dr. José Santiago Núñez Aristimuño” Maturín-Edo. Monagas. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2000, pp. 47-66; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *La cláusula penal en el Código Civil Venezolano*. Caracas, Academia de Ciencias Política y Sociales, Serie Estudios 99, 2011; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *La función indemnizatoria y de garantía de la cláusula penal*. En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”. Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 155-192; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 293-298; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 101-105; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 720-733; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *La cláusula penal*. Buenos Aires, Depalma, 1981; MÉLICH, *Doctrina...*, pp. 561-580; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 565-571; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 153-159; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 193-198; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 132-152; LOBATO, J.M.: *La cláusula penal en el Derecho español*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 369-374; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 169-172; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 44-46; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 260-278; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 238-242; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 451-455; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 231-233; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Divisibilidad de la cláusula Penal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-8, www.acaderc.org.ar; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reducción de cláusula penal por abuso del derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Revisión judicial de cláusulas penales*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-5, www.acaderc.org.ar; FERREIROS, *ob. cit.*, pp. 97-277; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 460-462; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 639 y 640.

³⁶ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 169.

³⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 45.

³⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, pp. 52 y 53; CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 99, es una convención de carácter accesorio añadida a una obligación principal que se integra en la promesa de realizar una prestación, ordinariamente pecuniaria y que se establece para el caso de que una de las partes no cumpla lo prometido.

³⁹ ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 217.

⁴⁰ SANOJO, *ob. cit.*, p. 102.

⁴¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 17.

⁴² Véase: LOBATO, *ob. cit.*, p. 18, la cláusula penal se puede establecer por negocio separado directamente relacionado con aquél y debería llamarse en sentido más amplio “pena convencional”.

Para algunos la expresión “cláusula” es impropia, debiéndose más bien referirse a “estipulación” porque no necesariamente ha de encontrarse insertada en el contrato⁴³. Se caracteriza por traducirse en un medio de garantía, ser accesorio⁴⁴ y ser subsidiario pues salvo pacto en contrario no se puede exigir el cumplimiento y la pena. Puede tener modalidad sustitutiva o cumulativa, cuando sustituye los daños y perjuicios o es exigible además de éstos, respectivamente⁴⁵. Se afirma que evita pleitos⁴⁶ porque no existirá una discusión relativa a los daños.

“La cláusula penal tiene por objeto que los daños y perjuicios acarreados por la mora o el incumplimiento de una obligación sean sustituidos por una pena estipulada de antemano por las partes, y es una manera de evitar engorrosas discusiones sobre la existencia o la entidad que realmente han alcanzado esos daños, que podrían resultar difíciles de probar, pero han quedado ya «prefijados» por voluntad de las partes”⁴⁷. De allí que algunos la califiquen también como “valuación convencional del daño”⁴⁸. Constituye una suerte de indemnización sustitutiva⁴⁹ que tiene su base en la autonomía de la voluntad.

La cláusula penal presenta la particularidad de ser un medio de garantía que no requiere la intervención de terceros ni la constitución de ningún derecho real para asegurar el cumplimiento de una obligación, aunque no atribuye al acreedor un derecho real de garantía⁵⁰. Presenta la ventaja de fijar anticipadamente el monto por el posible daño, evitando discusiones y la intervención del Juez en la liquidación. La culpa no es determinante, se funda en el riesgo de un daño⁵¹. Se hace efectiva con el incumplimiento, exime de probar el daño al acreedor⁵².

La cláusula penal no sólo tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación sino también prefijar anticipadamente la indemnización por daños y perjuicios⁵³, evitando así la incertidumbre de la cuantía de la

⁴³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 14.

⁴⁴ OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 44 y 45.

⁴⁵ LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 143.

⁴⁶ CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 460.

⁴⁷ MOISSET DE ESPANÉS, *Revisión...*, p. 1.

⁴⁸ Véase: FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 97.

⁴⁹ Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 21-5-15, Exp. BPO2-R-2015-000099, <http://anzoategui.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/.../1038-21-BPO2-R-2015-000>.

⁵⁰ URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, p. 22.

⁵¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 55.

⁵² ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 219 y 220. Véase también: FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 116, releva al acreedor de la prueba de la existencia del daño que le hubiere requerido la teoría general.

⁵³ MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 289 y 290, subsidiaria porque sólo funciona cuando ya no se tiene acción, no se puede acumular el importe de la pena con la prestación principal.

indemnización⁵⁴. Es sumamente útil porque exime al afectado de la necesidad de la prueba de la cuantía del daño⁵⁵.

Entre sus funciones⁵⁶ se ubica una *compulsiva* pues constriñe psicológicamente al deudor⁵⁷; una *indemnizatoria* puesto que fija por anticipado una indemnización por daños y perjuicios⁵⁸. El CC le atribuye así una función compulsiva, indemnizatoria y también resarcitoria, satisfactiva y probatoria⁵⁹.

De allí que se le atribuya una triple función.

- a. *Resarcitoria o indemnizatoria* (fijación anticipada por posibles daños y perjuicios).
- b. De *garantía o compulsiva* (el deudor ante el temor de pérdida económica se ve estimulado a cumplir)⁶⁰. El instituto tiende a asegurar el cumplimiento de la palabra empeñada y al ponerse de acuerdo las partes anticipadamente en cuánto vale el incumplimiento del deudor se apunta la seguridad⁶¹.
- c. *Estrictamente penal* (pudiera pactarse exclusiva y simplemente a título de “pena” y no de indemnización, con lo cual coexistiría o se acumularía esta última⁶². En tal caso existe *pena cumulativa* cuando la cláusula penal se pacta conviniendo que en caso de incumplimiento el acreedor puede exigir además del cumplimiento forzoso la prestación prevista como pena⁶³. Pero ello debe precisarse con claridad⁶⁴

Dispone el artículo 1257 CC: “*Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o a hacer alguna cosa para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento*”. Ello ha llevado a la doctrina a distinguir que la cláusula

⁵⁴ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 169.

⁵⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 232.

⁵⁶ Véase: LOBATO, *ob. cit.*, pp. 30-34; URDANETA FONTIVEROS, *La función indemnizatoria y de garantía...*, pp. 184-192.

⁵⁷ URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, p. 30; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 3, alude a función compulsiva y afflictiva.

⁵⁸ URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, p. 32; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 5 y 6, opera como “tope convencional” de la liquidación de daños.

⁵⁹ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, pp. 34-40.

⁶⁰ Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, p. 239; FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 105-107; URDANETA FONTIVEROS, *La función indemnizatoria y de garantía...*, pp. 184-187.

⁶¹ FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 100.

⁶² LAGRANGE, *Apuntes...*, refería que en el último caso se presentaría la pena en estado puro y no como compensación de daños y perjuicios, en cuyo caso la sanción sería doble. Señalaba no haber visto una en práctica; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 566.

⁶³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, p. 240.

⁶⁴ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 455.

penal procede tanto en caso de incumplimiento total (1258⁶⁵ y 1259⁶⁶ CC) o parcial (1260⁶⁷), así como en caso de retardo (1258 CC⁶⁸). Lo que lleva a distinguir entre cláusula pena *compensatoria* y cláusula penal *moratoria*⁶⁹

Entre sus caracteres se ubica ser preventiva⁷⁰, constituye una pena civil, es voluntaria, es condicional⁷¹, subsidiaria⁷² y accesoria⁷³. Se alude a *accesoriedad* porque carece de sentido por sí sola y de allí que la nulidad de la obligación principal genere la cláusula penal⁷⁴, pero no viceversa⁷⁵. Así mismo se afirma su *subsidiariedad* pues solo es exigible en caso de inejecución o retardo⁷⁶. Se agrega que es *preventiva* porque pretende incentivar el cumplimiento del contrato y a su vez de ser el caso eliminar toda discusión relativa al monto de los daños y perjuicios y algunos incluyen *inmutable* salvo que medie acuerdo de las partes⁷⁷, o más precisamente en razón de esto último “*relativamente inmutable*”⁷⁸. Tiene carácter *potestativo* para el

⁶⁵ “La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal. El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por simple retardo”.

⁶⁶ “El acreedor puede pedir al deudor que esté constituido en mora, la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada”.

⁶⁷ “La pena puede disminuirse por la Autoridad Judicial cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte”. Véase sobre dicha norma: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 573 y 574, la norma permite al juez intervenir a solicitud del deudor y no de oficio, pero para el autor tal norma tiene carácter dispositivo por lo que puede ser eliminada por acuerdo de las partes.

⁶⁸ Ya así por ejemplo, refería Lagrange que es común en algunos contratos como el de suministro pactar determinada cantidad por cada día de retraso.

⁶⁹ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 564; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 565 y 566; FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 100 y 101; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 161.

⁷⁰ Véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 86.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 84 y 85.

⁷² *Ibid.*, p. 86.

⁷³ MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 291-293; FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 102-104; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 63 y ss.; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 461.

⁷⁴ SANOJO, *ob. cit.*, p. 102.

⁷⁵ CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 461.

⁷⁶ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 577-579, la existencia de una cláusula penal no impide al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación en especie. Tan sólo la vida de un puro cumplimiento por equivalente le está cerrada pues precisamente la figura es un instrumento para sustituir la misma; TSJ/SCC, Sent. N° 500 de 5-8-14, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/sc/0ctubre/RC-00765-241007-07078.html> si el obligado cumple, desaparecen los daños y perjuicios, salvo que se estipulen éstos por el simple retard; TSJ/SCC, Sent. N° 765 del 24-10-07, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/sc/0ctubre/RC-00765-241007-07078.html>; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, Sent. 6-5-2015, Exp. 14.422, <http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/732-6-14.422-.HTML> pretender el cumplimiento de una obligación conjuntamente con la compensación de daños y perjuicios establecidos como cláusula penal (sin que esté previsto el pago de ésta por el solo retardo) son pretensiones excluyentes, habida cuenta que la cláusula penal es consecuencia de la inejecución”.

⁷⁷ URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, pp. 77-110. Véase sobre la inmutabilidad: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 561 y 562; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 567; FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 103.

⁷⁸ Véase: FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 121 y 122, por cuestiones de seguridad alude a la imposibilidad del acreedor de pretender un monto superior al estipulado y al deudor de pretender disminuir ese mon-

acreedor, quien puede pedir al deudor constituido en mora la ejecución de la obligación principal en lugar de la pena estipulada (CC, art. 1259) en cuyo caso el deudor no puede pretender liberarse cumpliendo la pena, sino que quedará obligado al cumplimiento de la obligación principal⁷⁹.

Se discute la relación entre cláusula penal y prohibición de usura⁸⁰, aunque cabe recordar que no tiene necesariamente que limitarse al interés legal porque desempeña una función diferente⁸¹. Para algunos la cláusula penal podría coexistir con la indemnización por la pérdida del valor adquisitivo, pues una responde a la penalidad contractual y la otra por preservar el equilibrio económico⁸². Otros afirman que la cláusula penal no puede ser indexada⁸³. Para tomar partido debe precisarse si la cláusula penal busca simultáneamente proteger de la inflación, pues de lo contrario quedaría en desventaja con relación a la liquidación judicial respecto de la que el Juzgador toma en cuenta el momento de dictar el fallo.

La discusión de la corrección monetaria no debe ser óbice para sostener que debe guardar la debida proporcionalidad. De allí que se aluda a la posibilidad de cláusulas penales abusivas inclusive en perjuicio del acreedor que excluirían la validez de las mismas por aplicación de la regla de la reparación integral⁸⁴ y la proporcionalidad de las prestaciones. Así mismo se señala que no debe exceder en cuantía la obligación principal pues tiene por fin resarcir el valor total de la obligación incumplida pero no más⁸⁵. Se admite en forma interesante que cuando se debilite su función indemnizatoria excepcionalmente bien podría consistir en una prestación de hacer

to; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 86 y ss., alude a “inmutabilidad relativa”. Véase aludiendo a que es mutable porque su importe puede ser graduado en proporción al incumplimiento: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 233.

⁷⁹ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 567.

⁸⁰ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, pp. 137-149; Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 575-577.

⁸¹ URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, p. 141. Véase: Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y del Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 5-3-08, Exp. 07-3059, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/marzo/1322-5-07-3059-025.html> “...la cláusula penal se pactó para el caso de que hubiera incumplimiento por la parte compradora y siendo que la propia legislación venezolana prevé este tipo de cláusulas para los contratos, lo que significa que es lícita, se debe concluir que la misma es válida en el contrato de compra venta con garantía hipotecaria que aquí se busca ejecutar y que por tal razón no hay usura”.

⁸² AMCS9CMT, Sent. 4-2-98, J.R.G., T. 146, pp. 69 y 70, son dos cosas distintas la cláusula penal y la indemnización que debe el deudor moroso por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pudiendo coexistir ambas. Véase en el mismo sentido reseñando la jurisprudencia argentina: VININI, *ob. cit.*, pp. 236 y 237.

⁸³ AMCS9CMT, Sent. 12-3-99, J.R.G., T. 152, pp. 45 y 46, cuando las partes han estipulado en el contrato una cláusula penal y han limitado la posible responsabilidad por incumplimiento al pago de cierta suma, estas no pueden ser indexadas.

⁸⁴ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 575.

⁸⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 233.

e inclusive de no hacer⁸⁶. Siendo una figura de interpretación restrictiva o estricta⁸⁷, aun cuando ha de interpretarse de buena fe⁸⁸.

Finalmente, el CC prevé dos normas relativas a la pluralidad de sujetos vinculados por la obligación principal o por la pena⁸⁹, en caso de divisibilidad de la obligación principal (1262⁹⁰ CC) o de indivisibilidad de la obligación principal (1261⁹¹ CC). Las citadas disposiciones se refieren a la indivisibilidad o divisibilidad de la obligación principal pero no se plantea que la pena sea indivisible, en cuyo caso podrá ser íntegramente demandada a cualquiera de los deudores sin perjuicio del artículo 1256 del CC⁹². Ello debe ser pactado expresa y claramente dado el carácter restrictivo de la cláusula penal.

6. Las arras⁹³

Se trata de uno más de los posibles mecanismos de refuerzo del crédito con que cuenta el acreedor⁹⁴. Las arras denotan la idea de garantía, prenda o señal, cuyo origen parece remontarse a las costumbres de los mercaderes hebreos, cartagineses y fenicios⁹⁵.

En efecto, se denomina arras o “señal” que viene a ser la entrega de una cantidad de dinero u otra cosa fungible con motivo de la celebración

⁸⁶ Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 40 y 41.

⁸⁷ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, pp. 40-42; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 21-24; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 56; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 218; FERREIROS, *ob. cit.*, p. 104, agrega que podría ser estipulable a favor del acreedor o de un tercero.

⁸⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 20.

⁸⁹ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 579-581.

⁹⁰ “Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal es divisible no se incurre en la pena sino por el heredero del deudor que contraviniera a la obligación, y sólo por la parte que le corresponde cumplir en la obligación principal, sin que pueda obrar contra los que la han cumplido. Esto no sucede cuando habiéndose establecido la cláusula penal para que no pueda hacerse parcialmente el pago, un coheredero ha impedido que la obligación se cumpla totalmente. En este caso puede exigirse de él la pena íntegra, o bien a los demás herederos la porción correspondiente, salvo a éstos la acción de regreso contra aquél por cuyo hecho se haya incurrido en la pena”.

⁹¹ “Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal sea indivisible, se incurre en la pena por contravención, de uno solo de los herederos del deudor; y puede demandársela, ya íntegramente al contraventor, ya a cada heredero por su parte correspondiente, salvo siempre el recurso contra aquél por cuyo hecho se ha incurrido en la pena”.

⁹² Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 581.

⁹³ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1988, pp. 271-263; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Las arras en la contratación*. Caracas, Academia de Ciencias Política y Sociales. Serie Discursos 3, 2010; KUMMEROW, Gert: *La función resarcitoria de las arras*. Caracas, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo, 1961; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 581-586; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 298-300; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 568 y 569; SANOJO, *ob. cit.*, p. 105; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 733; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 198-201; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 172 y 173; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 278-280; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, pp. 242-244; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 456-464; FERREIROS, *ob. cit.*, p. 110-112.

⁹⁴ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 456.

⁹⁵ URDANETA FONTIVEROS, *Las arras...*, p. 43.

del contrato, a fin de asegurar su posición en el contrato. Precisa para su perfección de la entrega de dinero o la cosa y de allí su *carácter real*, por lo que no basta la promesa sino la efectividad.⁹⁶

Su relación con la cláusula penal implica que se trata de una función indemnizatoria pero no idéntica, ya que la cláusula penal funciona por incumplimiento obligacional imputable al deudor, y las arras lo hacen indemnizatoriamente cuando algunas de las partes se arrepiente y disuelve la obligación, sin que haya caído en incumplimiento⁹⁷. Aunque se diferencia en que las arras existen en beneficios de ambas partes en tanto que la cláusula penal solo en beneficio del acreedor. Las arras no surgen como obstáculo a los efectos del resarcimiento del daño mayor del acreedor: en cambio en la cláusula penal, su propia existencia limita la indemnización al importe de la pena⁹⁸. Se indica que las arras funcionan como una suerte de pago por renunciar al contrato que garantizan pero que efectuado éste, bien puede el interesado acceder a demandar los daños y perjuicios⁹⁹. No pueden estipularse a favor del que no es parte¹⁰⁰.

Las arras se clasifican en confirmatorias o penales y penitenciales o de retracción¹⁰¹. Las arras pueden ser *confirmatorias* o penales (cumple una función de prenda), operan como prueba y señal de la existencia de un contrato, nada prejuzgan sobre la cuantía de la indemnización, son inoponentes salvo la función que cumplen de evidenciar obligación contraída¹⁰². En caso de incumplimiento por quien las entregó, éste las perderá y si el incumplidor es el que las recibe las devolverá dobladas.

Dispone el artículo 1263 CC: “*A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención. Si la parte que no ha incurrido en culpa no prefiere exigir el cumplimiento de la convención, puede retener las arras que haya recibido o exigir el doble de las que haya dado*”. Se aprecia que se trata de una norma dispositiva por lo que las partes pudieran disponer otra distribución de la pena para el caso de contravención.

Pero las arras también pueden –menos comúnmente– ser *de arrepentimiento, desistimiento* o *penitenciales* (constituyen un medio de resolver el contrato)¹⁰³. Estas últimas no reguladas en el CC pero aceptadas por aplicación de la autonomía de la voluntad, acontecen cuando una parte entrega a

⁹⁶ ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 221 y 222.

⁹⁷ FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 111.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 112.

⁹⁹ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 585.

¹⁰⁰ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 733.

¹⁰¹ URDANETA FONTIVEROS, *Las arras...*, pp. 45-61; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 242.

¹⁰² LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 172.

¹⁰³ Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 146; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 172 y 173.

otra dinero u otra cosa fungible para reservarse la posibilidad de separarse unilateralmente del contrato. Las arras penitenciales no cumplen como las confirmatorias una función de resarcimiento del daño. Sino que con la dación de ellas lo que se adquiere, es el derecho de separarse legítimamente del contrato. En el entendido de que si ejerce esa posibilidad, esa opción, pierde lo entregado a título de arras¹⁰⁴.

Con base a lo indicado, entre los efectos de las arras de garantía se indica que constituyen indemnización de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento culposo, por lo que da derecho a la parte que no ha incumplido a retener su importe si es la que los ha recibido de exigir el doble de su valor si es la parte que las ha dado. La parte que reciba las arras está obligada a custodiarla. Si el contrato se ejecuta aunque sea con retraso, las arras se imputan al precio a menos que las partes dispusieren lo contrario¹⁰⁵. Lagrange comenta que no ocurre o no es común en la práctica pactar arras por el mero retardo¹⁰⁶.

¹⁰⁴ LAGRANGE, *Apuntes...*

¹⁰⁵ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 569.

¹⁰⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*