

# REVISIÓN JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS PENALES

por  
Luis Moisset de Espanés

Semanario Jurídico, N° 6, 15 agosto 1977.

## **Inmutabilidad de la cláusula penal**

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.

Para lograr el buen funcionamiento práctico de la cláusula penal el legislador consagra como principio su "inmutabilidad", ordenando que la pena se pague siempre que ha mediado incumplimiento, hayan o no habido daños y cualquiera sea su monto.

## **Posibilidad de revisión judicial**

El principio de la inmutabilidad, establecido por Vélez Sársfield en términos más absolutos que en otros cuerpos legales, no ha sido obstáculo que impidiese a nuestros jueces morigerar las cláusulas penales abusivas, con que solían encubrirse los intereses usurarios y otros aprovechamientos lesivos; se acudió, en inteligente labor pretoriana, al artículo 953 que condena los actos cuyo objeto es inmoral, ilícito o contrario a las buenas costumbres, corrigiendo por esta vía los excesos que se cometían por medio de cláusulas penales excesivas.

Con relación a las cláusulas penales insuficientes, en cambio, se afirmaba que el principio general de la inmutabilidad impedía incrementar las multas (LLAMBÍAS, Obligaciones, T. I., ap. 1°, nota 51, p. 415), pero si la pena era tan exigua, que resultaba "ínfima", se pensaba que eran un subterfugio para disfrazar cláusulas de "exención de responsabilidad", y que debían

anularse tales cláusulas, porque configuraban una especie de "dispensa del dolo del deudor", prohibida por el artículo 507 (LLAMBÍAS, obra y lugar citados). esta construcción doctrinaria ha sido aplicada en alguna oportunidad por los tribunales (J.A. 12-541), permitiendo que el deudor reclamara la indemnización, ya no a título de cláusula penal -que había sido invalidada- sino a título de indemnización por los daños y perjuicios efectivamente sufridos, que se resarcirían de manera íntegra.

### **El agregado al artículo 656**

En el año 1968 la ley 17.711 efectuó un agregado al artículo 656, que concede expresamente a los jueces la posibilidad de revisar las cláusulas penales. Esta norma tiene como antecedentes el artículo 890 del Anteproyecto de Llambías de 1954, y también el proyecto sobre regulación de la "lesión subjetiva", presentado por Fassi al Senado de la Nación en 1965. Ambos proyectos se referían a la reducción equitativa de las cláusulas penales desproporcionadas o exorbitantes. El nuevo párrafo incorporado al artículo 656 del Código Civil dispone:

*"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".*

Si nos ceñimos a la literalidad de las expresiones empleadas en la norma, la única facultad que se concede a los jueces es la de "reducir" las penas. Debe recordarse, sin embargo, que las llamadas acciones "reducción", técnicamente han sido consideradas desde muy antiguo como acciones de "modificación", y comprenden tanto la disminución de prestaciones excesivas, como el aumento de prestaciones exiguas, es decir ambas formas de restablecer el equilibrio.

Analizada entonces la acción de "reducción" que concede el artículo 656 a la luz del significado técnico que a este vocablo se le concede en el derecho comparado, creemos que el juez tiene facultades para revisar las cláusulas penales siempre que

"su monto resulte desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan", sea en más, sea en menos.

### **Las facultades del juez**

Aunque la norma no se refiera al punto en forma expresa, los principios que gobiernan el proceso civil exigen que medie petición de parte para que el juez pueda intervenir revisando las cláusulas del contrato. El magistrado no está autorizado para actuar de oficio, aunque personalmente tenga la convicción de que la cláusula es "desproporcionada", o configura un aprovechamiento "abusivo".

El pronunciamiento sin petición de parte significaría aceptar como "notorios" hechos que deben ser probados, y privar a una de las partes de la oportunidad de defensa, con lo que se vulnerarían derechos garantizados por la Constitución Nacional.

Por otra parte, no debe olvidarse que la regla continúa siendo la inmutabilidad de la cláusula penal, y que -como bien lo dice el fallo que comentamos- las facultades judiciales de revisión tienen "carácter excepcional y deben ejercerse con suma prudencia y criterio restrictivo".

### **Hipótesis en que pueden modificarse las cláusulas penales**

A diferencia de lo que sucedía en el proyecto de Fassi, el texto agregado al artículo 656 no contiene una concordancia expresa con la figura de la lesión subjetiva (art. 954), aunque tenga con ella puntos de contacto que han sido señalados por la doctrina nacional (LLAMBÍAS, "Estudio de la Reforma", p. 184; ALTERINI, A. A.: "La inmutabilidad de la cláusula penal", Rev. del Notariado, N° 712, p. 995 y 996, y nuestra conferencia "Aspectos de la reforma en materia de obligaciones", ed. Tapas, 1968, p. 87 y 88).

Sin embargo, la amplitud de los términos empleados por el legislador en el último párrafo del artículo 656 nos lleva a la conclusión de que los aprovechamientos abusivos a que hace mención pueden presentarse no sólo en el caso de cláusulas pena-

les leoninas, en las que una de las partes haya explotado desde la celebración del contrato la situación de inferioridad en que se encontraba su contratante (necesidad, inexperiencia o ligereza), sino también cuando al hacer valer la cláusula ese reclamo configure un "ejercicio abusivo" del derecho, en los términos del nuevo artículo 1071, o cuando una pena inicialmente correcta adquiera luego magnitud desproporcionada en razón de hechos imprevisibles que han sobrevenido con posterioridad al contrato, caso en el cual deberíamos vincular el segundo párrafo del artículo 656 con el nuevo artículo 1198, exigiendo que se reúnan los requisitos propios de la llamada teoría de la imprevisión (conf. S. C. Prov. Bs. Aires, 16 de marzo de 1971, E. D. 36-637).

En las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, celebradas en esa ciudad del sur mendocino, la Comisión que estudió el tema de la lesión tuvo particularmente en cuenta este problema al redactar su despacho, y el punto 4 de la Recomendación aprobada expresa:

*"El agregado al art. 656 se relaciona con la figura de la lesión y también, entre cosas, con el abuso del derecho, imprevisión y fraude a la ley".*

Se ha querido destacar de esta manera que el nuevo texto del artículo 656 no se reduce a extender los principios de la lesión a la cláusula penal, sino que también concede a los jueces facultades de revisión cuando la cláusula resulte abusiva a consecuencia de alguna de las otras figuras mencionadas.

### **Actualización de la cláusula en casos de depreciación monetaria**

En el fallo que comentamos el Tribunal ha rechazado la petición de que se actualice la suma que se condena a pagar en concepto de multa, de acuerdo al índice de desvalorización monetaria, por considerar que los términos del artículo 655 del Código Civil constituyen un obstáculo para que el pedido prospere.

La resolución de la Cámara cuenta con el apoyo de destacados juristas (ALTERINI, A. A.: trabajo citado, N° 42, p. 1006; y RICER, A.: "Las excepciones a la inmutabilidad de la cláusula penal", Boletín Jud. del Chaco, N° 11, p. 145 y siguientes), y

en algún momento hemos expresado nuestra conformidad con esa postura. (Bol. Fac. de Der. de Córdoba, año XXXV).

Todos sabemos que el prototipo de las llamadas "obligaciones de valor" es la indemnización de daños y perjuicios; la cláusula penal tiene como principal finalidad "prefijar el valor de los daños". El hecho de que se estime ese "valor" en una suma de dinero no priva a la relación jurídica de sus características de obligación de valor, y si por circunstancias posteriores e imprevisibles la suma de dinero estipulada ya no representa el valor estimado por las partes como pena, las exigencias de la buena fe -erigida en principio cardinal para gobernar la vida del contrato- imponen que dicha suma sea reajustada, para que represente el valor que las partes realmente habían asignado a la pena.

En tal caso el juez no rectifica el "valor" de la pena, ni vulnera lo dispuesto en el artículo 655. ya que al acreedor no se le otorga derecho a "otra indemnización", sino que la justicia se ha limitado a restablecer el "valor" de la pena en la dimensión misma que las partes habían previsto.