

"Posibilidad de actualizar el monto de las cláusulas penales"

por
Luis Moisset de Espanés

J.A. 1979-II-98

SUMARIO:

- I.- La inmutabilidad de la cláusula penal
 - II.- Actualización e inmutabilidad
 - III.- El caso que comentamos
 - IV.- El reajuste de la cláusula y la prudencia judicial
 - V.- Conclusiones
-

I.- La inmutabilidad de la cláusula penal

Tradicionalmente la doctrina ha sostenido el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal, afirmando que el art. 655 del Código civil impide incrementar los montos, aunque sean insuficientes¹, y esta posición ha sido mantenida aún después de las reformas que la ley 17.711 introdujo al artículo 656 del mismo cuerpo legal, afirmando que la inmutabilidad de la cláusula penal se explica porque "integra un contrato y, en principio, corresponde atenerse a los términos convenidos"²; incluso se estima que si la pena ha sido pactada en una suma de dinero, que por circunstancias ulteriores e imprevisibles ha perdido su valor adquisitivo, no se podrá actualizarla,

¹. Jorge J. Llambías, *Obligaciones*, ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I, apartado 1º de la nota 51, p. 415, nos dice que "el acreedor no puede pretender una indemnización adicional alegando la insuficiencia de aquélla (la pena) para enjugar el efectivo daño sufrido".

². Aníbal A. Alterini: "La inmutabilidad relativa de la cláusula penal", *Rev. del Notariado*, N° 712, párr. 41, p. 1006.

porque se trata de una obligación dineraria y sólo se pueden reajustar las obligaciones de valor³.

Incluso nosotros, en un comentario que hicimos a un trabajo de Ricer⁴, aprobamos en un primer momento esa postura, pero luego hemos rectificado nuestra opinión, y ya en 1976 afirmamos que si se reconoce que la obligación de indemnizar daños y perjuicios es una obligación de "valor", y que la cláusula penal tiene como función prefijar el "valor de los daños", debe admitirse también que el hecho de que se haya estimado ese "valor" en una suma de dinero no priva a la relación jurídica de sus características de obligación de valor y -en consecuencia- si luego se ha producido la depreciación del dinero y esa suma no alcanza a representar el valor estimado, deberá procederse al reajuste⁵.

II.- Actualización e indemnización

Un año después volvimos sobre el tema en una nota titulada "Revisión judicial de las cláusulas penales"⁶, y allí expresamos nuestra convicción de que la actualización de las cláusulas penales no atenta en lo más mínimo contra el principio de "inmutabilidad"; muy por el contrario, esa actualización contribuye a mantener inmutable el valor de la indemnización prevista por las partes, que es lo que corresponde a toda prestación con la que se procura resarcir los daños y perjuicios ocasionados a un sujeto.

Poco tiempo después la sala E de la Cámara Civil de la Capital Federal tuvo ocasión de ocuparse del problema⁷, y le dió

³. Aníbal A. Alterini, trabajo citado, N° 42, p. 1006 y Abraham Ricer, "Las excepciones a la inmutabilidad de la cláusula penal", Boletín Judicial del Chaco, N° 111, p. 145-159.

⁴. Boletín de la Fac. de Derecho de Córdoba, año XXXV, 1971, p. 338 (recensión al trabajo de Ricer citado en nota anterior).

⁵. Ver "La lesión y el nuevo art. 954", Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1976 (distribuye ed. Zavalía), p. 312.

⁶. "Semanario Jurídico" de Comercio y Justicia, N° 6, 15 agosto 1977, p. 41.

⁷. 15 de septiembre 1977: "Rodríguez y Lemmo S.R.L. y otro c/ Calisto de Barboza, Alicia", L.L. 1977-D-371 y E.D. 75-446.

adecuada solución con un fallo que es un verdadero "leading-case" sobre la materia. Merecen ser reproducidos los términos del voto del Dr. Cichero, quien expresa:

" ... la revalorización de la pena o multa para neutralizar la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no significa incorporar un nuevo capítulo resarcitorio a la indemnización fijada por las partes, sino adecuar el importe de la pena al actual valor de la moneda. El incremento es puramente nominal y sólo tiende a restablecer el equilibrio roto a consecuencia de los indicados factores económicos".

Los conceptos del mencionado camarista resultan por demás elocuentes, y están en total coincidencia con la doctrina que venimos propiciando⁸.

Cuando el juez reajusta una cláusula penal, en razón de la depreciación monetaria, no está otorgando "otra indemnización", sino que se limita a restituirle a la obligación la misma dimensión que las partes procuraron otorgarle.

La objeción de que la cláusula penal es una típica "obligación dineraria", que es la que principalmente suele esgrimirse -junto al carácter de la "inmutabilidad"-, ya no puede ser considerada un obstáculo, puesto que casi todos los tribunales del país han llegado a reconocer, especialmente para los casos de mora, la procedencia del reajuste de las deudas dinerarias. Y la persona que debe pagar una cláusula penal es, precisamente, un deudor moroso, o un incumplidor, hipótesis ambas que justifican el reajuste de las deudas dinerarias.

III.- El caso que comentamos

El camino abierto por la sala E, en su sentencia de 1977, es seguido ahora por la sala A en dos casos; en uno de ellos el juez de 1ª instancia se había negado a conceder la actualización monetaria de la cláusula penal, y el Dr. Igarzábal, reproduciendo los términos

⁸. Ver libro citado en nota 5 y artículo citado en nota 6.

del Dr. Cichero, admite el incremento de la pena, de los \$ 15 por día previstos en el contrato, a \$ 2000 diarios⁹; en el otro, tras extensos considerandos dedicados a justificar el reajuste, fija el importe de la pena en \$ 1500 por día¹⁰.

Es que, insistimos, cuando el artículo 655 del Código civil afirma que "el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente", se limita a señalar que si las partes han "prefijado" el valor de los daños y perjuicios, no podrán luego discutir si ese valor es excesivo o insuficiente.

Pero, si en épocas de depreciación monetaria se pretende mantener fijo el monto de la pena, la realidad de los hechos demuestra que el acreedor va a recibir una indemnización "distinta" de la prevista, pues esa cifra representará un valor muy diferente del que las partes tuvieron en vista.

Insistimos, por tanto, que la actualización de los montos dinerarios tiene por fin que se pague "la misma" indemnización, lo que contribuye a que se cumpla de manera efectiva con el espíritu de la norma, que se ve totalmente desvirtuado cuando no se concede la actualización del valor.

IV.- El reajuste de la cláusula y la prudencia judicial

Aceptada la posibilidad de reajustar las cláusulas penales, para mantener el "valor" que efectivamente quisieron darle las partes, es menester, sin embargo, que los magistrados procedan con prudencia, para evitar que la actualización resulte desmesurada, y so pretexto de impedir la injusticia de una indemnización exigua, no se cometa otra peor, otorgando una indemnización excesiva.

No debemos olvidar que numerosas cláusulas penales han sido redactadas contemplando la existencia de una inflación "normal", de manera tal que las sumas en ellas fijadas no representaban el "valor"

⁹. 26 de mayo 1978, Cam. Civil Capital, sala A, "Suide, Eduardo A. c/ Rimoldi S.A.", E.D. 79-417 (fallo N° 31.150).

¹⁰. Caso anotado: Cam. Civil Capital, 13 marzo 1978, "Vello, Luisa c/ Guditta, Juan", J.A. 1979-II-42.

del momento de contratación, sino el valor previsto por las partes para el tiempo en que presumiblemente podía producirse la mora o el incumplimiento. En tales casos el desfase se produce entre el valor calculado para la hipótesis de inflación ordinaria (o estructural) y las cifras alcanzadas por la inflación extraordinaria (o coyuntural), y el reajuste deberá hacerse tomando en cuenta la diferencia entre una y otra¹¹.

V.- Conclusiones

1) La cláusula penal es sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, y en ella las partes prefijan el "valor" de dichos daños.

2) El artículo 655 del Código civil, al consagrar el principio de la inmutabilidad, procura que las partes reciban el "valor" que ellas han previsto, y no otra indemnización diferente.

3) El reajuste del monto de la cláusula penal permite que se mantenga inmutable el "valor" de la indemnización debida. Si no se concede el reajuste, el acreedor percibirá "otra indemnización", diferente de la prevista.

¹¹. Ver "Imprevisión e inflación", Semanario Jurídico de Comercio y Justicia, Nº 16, 24 de octubre 1977, p. 121.