

DERECHO CIVIL — OBLIGACIONES — CLAUSULA PENAL

ROSALINA AIDA ROMERO

T E M A

A. vendió a B. un inmueble por el precio de \$ 800.000 m/n. pagadero al contado y libre de todo gravamen.

Ante la existencia de un gravamen hipotecario de \$ 200.000 m/n. que resultó afectario, las partes convinieron poner al comprador en posesión del inmueble contra el pago íntegro del precio estipulado y firmar la escritura traslativa de dominio a los 60 días de la puesta en posesión; pero para asegurar la inscripción del dominio libre de todo gravamen en el Registro de la Propiedad, pactaron una multa de \$ 100.— m/n. a cargo del vendedor por cada día de retraso entre la fecha de la escritura y la de inscripción del título libre de todo gravamen en el Registro de la Propiedad.

El vendedor usó dos medios para liberar el inmueble de la mencionada hipoteca: cancelarla mediante el pago íntegro de la deuda; o bien realizar ante el acreedor hipotecario (Banco Hip. Nac.) las gestiones tendientes a demostrar que la hipoteca había sido anteriormente inscrita con relación a dicho inmueble, para en realidad debía afectar a otro inmueble al mismo, por lo que hecha la aclaración el gravamen debía ser levantado.

El vendedor optó por el segundo procedimiento e incurrió en un retraso de 400 días en obtener la mencionada inscripción, con lo que la multa pactada alcanzó a la suma de de \$ 40.000 m/n.

El tema en cuestión plantea el problema siempre actual de la inmutabilidad de la cláusula penal, que en nuestro derecho ha dado lugar a un movimiento activo de la jurisprudencia en el sentido unas veces de moderar, y en otras de anular las estipulaciones de monto excesivo, junto a las interpretaciones estrictas del artículo 522 y concordantes del Código Civil, que consagran la inmovilidad de la pena convencional.

Dejando para más adelante el examen de los diversos fallos y entrando al análisis del caso presente, es de observar ante todo, que el vendedor del inmueble pactó libremente la cláusula penal, conociendo el riesgo a que se exponía al elegir el camino más lento para liberar el inmueble de la hipoteca que lo gravaba, pues entre los dos medios de que disponía,

debió de haber optado por el más eficaz, que era el de cancelar inmediatamente el gravamen.

Para ello no pudo el vendedor argumentar falta de fondos desde el momento que había percibido el importe íntegro de la venta del inmueble que era de \$ 800.000 m/n., contra la entrega en posesión al comprador. El vendedor ignoraba al celebrar el contrato la existencia del gravamen que por error de inscripción en el Registro de Hipotecas, debía afectar lotes contiguos; pero ese error, a pesar de no serlo imputable, no puede ser para él una defensa en que podría ampararse, argumentando que por fuerza mayor — la inscripción errónea — no pudo cancelar el gravamen en el tiempo establecido. En este sentido, el artículo 654 "in fine", establece que el deudor de la obligación no puede eximirse de la pena "aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo", refiriéndose al pago en el tiempo convenido. Esa frase final, en opinión del Dr. Salvat, implicaría imponer al deudor, no el pago en todos los casos, cualquiera fuese la causa del retardo o del incumplimiento, sino hacerle cargar con una responsabilidad más severa y estricta, y cita un fallo de la Cámara Civil de junio de 1910 en el cual, por voto del Dr. Bassaldo al que adhirió la mayoría del tribunal, se estableció que salvo la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, el principio que establece el final del art. 654, no tiene otras limitaciones. Y en fecha más reciente, en fallo registrado en "La Ley" (Rep. año 1943, C. de Paz letada, Sala II), al hacer el análisis del artículo 654 aplicable al caso, se decidió que las justas causas, de que habla el artículo mencionado, "son las concernientes al mismo deudor y no las causas concernientes al acreedor, ni provocadas u ocasionadas por él".

En el caso en cuestión, si bien no le es imputable el error en que incurrió el Registro de Hipotecas, no puede el vendedor prevalerse de él, pues esta es una cuestión en cierto modo, ajena a la cuestión principal; la imputabilidad por el retardo recae plenamente sobre él, debido a su desafortunada elección. Hubo en efecto, de su parte, un exceso de confianza en la celeridad con que se procedería a hacer la aclaración correspondiente ante el acreedor hipotecario, y es también imposible admitir desconocimiento por su parte, del tiempo que comúnmente insumen las gestiones de esa naturaleza, motivo por el cual debe descartarse toda idea de que hubiese pactado precisado por las circunstancias o coartada su libertad por el comprador, pues eligió libremente el procedimiento a seguir, que era precisamente el más oneroso y de duración difícil de prever.

Nuestra jurisprudencia registra un fallo en el que precisamente se menciona el exceso de confianza del deudor, para considerar su responsabilidad por la cláusula penal pactada. El fallo es de la Cámara Civil Primera,

(año 1937, "La Ley", tomo 6, pág. 974; Sardi y Bruno c. Gómez y otros). En esa oportunidad, dos constructores entablaron demanda contra los propietarios de un inmueble, los que se habían obligado a entregarlo libre de ocupantes para realizar en él diversas obras comprometiéndose a abonar una multa de \$ 50 por día de retardo en la entrega del inmueble desocupado. Pero los propietarios alegaron en la contestación, que se hallaron impedidos de entregar la finca, pues la persona que les vendió el inmueble, no se los había entregado a su vez, libre de ocupantes y argumentaban que el hecho no era imputable a sus voluntades. En segunda instancia el Dr. Tchal justificó los reparos hechos por el Juez de primera instancia, acerca de la imprevisión o exceso de confianza que los demandados tuvieron al convenir una "stipulatio poenae" de esa naturaleza, sin tener la seguridad de que podrían cumplir la entrega por su parte.

En el caso propuesto, el vendedor se obligó a abonar como multa \$ 100 por cada día que transcurriera entre la fecha de otorgamiento de la escritura y aquella en que el título se pudiera inscribir sin el referido gravamen en el Registro de la Propiedad. Realizada la gestión tendiente a aclarar que el gravamen debía afectar a lotes contiguos, el comprador quedó en situación de inscribir su título de propiedad libre de todo gravamen, pero el vendedor, debido al retardo de 400 días en que incurrió, vió elevarse el monto de la multa a \$ 40.000 m/n.

Aquí se plantea el problema fundamental: ¿Es esa multa conforme a derecho?, ¿No es contraria a la moral y las buenas costumbres y a la buena fe que debe presidir las relaciones jurídicas?, ¿No significa un enriquecimiento indebido para el accesorio?

Todas estas preguntas surgen siempre ante la estipulación de una pena convencional, cuya importancia coloca al Juez en situación de, o aplicar estrictamente las normas legales por más rigurosas que ellas sean en el caso concreto, o hacer jugar los principios moderadores que el codificador con un criterio práctico, ha puesto en sus manos (arts. 502, 530 y 953) para evitar la consagración de una injusticia.

Nuestro Código Civil se ha enrolado en la orientación fijada por la doctrina y legislación francesas, estableciendo en su art. 522 la inmutabilidad de la cláusula penal, al decir que "Cuando en la obligación se hubiere convenido que si ella no se cumpliese se pagaría cierta suma de dinero, no puede darse una cantidad ni mayor ni menor".

Esa lógica era posición dado el individualismo que había consagrado la Revolución Francesa, individualismo imperante en la época de redacción del Código Civil, que reflejándose en todas las formas de la convicción humana, no podía dejar de influir sobre el derecho. Así es como se consagraron en las legislaciones que siguieron al Código de Napoleón,

principios como el de nuestro art. 1197 que establece la soberanía de la voluntad de las partes contratantes para celebrar toda clase de convenciones a las cuales deberán sujetarse como a la ley misma.

Consecuencias de ese principio, hoy atemperado en la doctrina y la jurisprudencia, y en el mismo C. Civil por el art. 953, es entre otros el art. 522, y ateniéndose a él, es que algunos fallos han consagrado que la cláusula penal debe hacerse efectiva por más rigurosa que sean las consecuencias que ella impone al deudor. Así en un fallo registrado en "La Ley", de la C. F. de Bahía Blanca (tome 59, pág. 833, año 1950); en segunda instancia, en su voto, el Dr. Fernández del Casal, si bien admite la posibilidad de contemplar la situación creada por una cláusula penal excesiva, establece que "la cláusula penal es inmutable en nuestra ley" y cita a Peirano Facio, que en su obra "La cláusula penal" (año 1947), dice que "el sistema de la inmutabilidad de la pena, aun cuando puede resultar injusto en ciertos casos concretos, satisface las exigencias de la vida colectiva, y aporta la ventaja fundamental de dar seguridad al negocio jurídico, permitiendo, para cada caso, el establecimiento del hecho normal, fácilmente reconocible, lo que constituye, como lo ha destacado la más moderna doctrina, una de las finalidades primordiales del derecho".

Este mismo criterio, es el sustentado por el Dr. Grandoli en el fallo registrado en J. A. (tome 48, pág. 111), en el cual, la mayoría, con el voto de los Dvcs. Saenz y Tobal, estableció "que se había incurrido en demora" al estipularse una multa de \$ 500 por día de retardo, tratándose de un alquiler de \$ 83 mensuales. Al votar en disidencia, el Dr. Grandoli, se fundó en los antecedentes de nuestro Código Civil y dijo que nuestro régimen legal, no permite aplicar el arbitrio judicial que autorizaba la antigua doctrina francesa de Domoislin y Pothier y que actualmente consagra la legislación alemana.

Afirma el Dr. Grandoli, que el caso no es lesivo del orden público, ni está comprendido en el art. 953, por lo cual correspondía mantener en "vigor su función jurídica en cláusulas penales pactadas por las partes para lo que citó el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1197. En el mismo sentido, J. A. 1948-I-491 y "La Ley" año 1947-49-489, si bien en este último, se deja a salvo la operabilidad de la teoría de la causa ilícita, por aplicación de los arts. 21, 502, 530, 953 y concordantes, cuando el monto de la cláusula penal es exagerado.

En el caso que plantea el tema, vemos que la pena convencional ha llegado a la suma de \$ 40.000 m./a., lo que si "prima facie" puede aparecer excesivo, queda desvirtuado con la consideración de que el retardo de 400 días, es imputable única y exclusivamente al vendedor, por haber

optado, como dije antes, por el menos idóneo de los medios de que disponía.

Por otra parte, el art. 636, establece que: "para pedir la pena el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno"; esto está de acuerdo con una de las funciones de la cláusula penal: "constituir una valoración anticipada del perjuicio y evitar las dificultades que la prueba de ellos podría traer al acreedor.

Pero ello no obsta a que el comprador probara los perjuicios sufridos, lo que reforzaría considerablemente su posición y pondría más evidencia la licitud de la pena; en efecto, al comprar el inmueble, lo haría con vistas a realizar en él construcciones — pues del tema se deduce que se trataba de lotes no edificados — para lo cual, contrataría con terceros, contrayendo a su vez obligaciones con ellos, en miras al destino que pensaba dar al inmueble.

Además, la cláusula penal tiene en el contrato un carácter compulsivo, ya que ella, al establecer una pena severa de \$ 100 diarios, constituía un incentivo a la diligencia del deudor, para que cancelara la hipoteca de inmediato; es por ello que no puede juzgarse su gravedad ni su desproporción con relación a los perjuicios efectivamente sufridos por el acreedor, si este los probase — aunque a ello no está obligado —, para considerar si ella es contraria a la moral y buenas costumbres, o representa un enriquecimiento injusto para el comprador.

Por todo lo expuesto, considero que la multa establecida no puede interpretarse como contraria a los principios consagrados en el art. 963 y concordantes del Código Civil.

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En el sentido de aseniorar la explotación del prójimo por medio de cláusulas penales evidentemente abusivas, nuestra jurisprudencia en general, se pronuncia por la reducción judicial en unos casos, o por la nulidad de lo estipulado en otros, pero en general prevalece un criterio moderador de las consecuencias del artículo 522, basado principalmente en la amplitud de términos del art. 963.

De este artículo y de los que se refieren a la causa ilícita, 502 y 530, se han valido los tribunales para establecer justos límites a la autonomía de la voluntad, tanto en lo que respecta a intereses usurarios, como en lo relativo a cláusulas penales.

Para hay vacilaciones en cuanto a la doctrina que debe prevalecer; el Dr. Leónidas Anastasi, en un interesante artículo que puede leerse en la

sección "Jurisprudencia Extranjera" de "La Ley" (tomo 9, pág. 26 del año 1937), comenta bajo el título: "El juez argentino puede atenuar los rigores de una cláusula penal", un fallo de la Corte de Casación francesa, que consagra la rigurosa aplicación del principio de la inmutabilidad de la pena convencional, de acuerdo con la doctrina prácticamente uniforme en aquel país. Cita fallos opuestos de nuestros tribunales, que si bien no son nada recientes, revisten interés para señalar las orientaciones de la jurisprudencia; en efecto, la Cámara Civil primera, se inclinaba por la reducción, estableciendo que la cláusula penal que representa más del 60 % anual de intereses sobre la suma pactada, implica "un enriquecimiento indebido" a favor del acreedor que no puede ser amparado; con el voto de sus miembros, Dres. Casabal, Pera y Colmo, modifica la sentencia del Juez Vedia y Mitre, que consideraba que la ley no autorizaba a los jueces "a rebajar el importe fijado en la cláusula penal, por más usuraria que sea."

En la misma época, la Cámara Civil segunda, se mantenía aferrada a la inmutabilidad y reformando un fallo del Juez de primera instancia, Dr. Abelenda, decidía que, "ni aún considerada la cláusula convencional como una cláusula penal, podía admitirse la reducción de ella", basándose en los arts. 522, 655 y 656 del Código Civil.

Otra orientación es la que se inclina por sancionar con la nulidad las cláusulas penales excesivas.

Así, el Dr. Guillermo Díaz en su tesis laureada "La inmutabilidad de la cláusula penal" (año 1936), afirma que a nuestro juez le está vedada la facultad de reducción, de tal modo que la consecuencia no puede ser otra que la nulidad, a la que conducen sin lugar a dudas los arts. 502 y 530 del Código Civil.

Esto era también el punto de vista del Dr. Bilibiani; en ocasión de tratarse el Proyecto de Reformas al Código Civil, sostuvo que "autorizar la reducción o el aumento de la pena equivale a la prohibición de pactarla desde que suprime todos sus efectos". Y agrega más adelante que "cuando se ha abusado de la debilidad, necesidades, etcétera, de una persona imponiéndole penas excesivas, cuando bajo ellas se encubre la inmoralidad, hay un acto que cae bajo la regla general de los actos jurídicos" (el art. 953), y dice que "la consecuencia no será la reducción sino la nulidad".

Además de los fallos citados a lo largo de este trabajo, hay varios otros a través de cuyos fragmentos se desprende la doctrina seguida por nuestros tribunales en cada caso concreto.

1) "El tribunal se encuentra inhabilitado por mandato de la ley para graduar el equantum de lo comprometido, por vedárselo expresamente el art. 522, que consagra la inmutabilidad de los daños e intereses conve-

nidos de antemano por los propios interesados, en virtud de cláusulas penales." Luego de citar los antecedentes de nuestro Código Civil en esta materia, dice que: "en el derecho patrio, aún con un sentido amplio de interpretación de estos actos jurídicos, no cabe otra alternativa para el juzgador que reconocer esos compromisos tal cual lo aceptaron las partes contratantes, así sean en cierta medida exageradas porque satisfagan con exceso la obligación principal o por el contrario sean insuficientes para cubrirla en la extensión merecida". ("La Ley", C. F. de Rosario, tomo 40-489, diciembre 11/1947, y J. A., 1946-1-491). En el mismo sentido, "La Ley", tomo 80, pág. 252 (Fallos de la C. N. Com., Sala B, julio 29/1953).

2) "El criterio sobre reducción de intereses excesivos convenidos en préstamos de dinero, es inaplicable tratándose de cláusulas penales, porque como enseña Salvat, la cláusula penal no compromete principios de orden público y debe reconocerse y respetarse el monto de la pena o multa que las partes hubiesen fijado libremente". (J. A. 43-553 y "La Ley", 33-530; C. C. Primera de la Cap.).

3) "La cláusula penal es inmutable en nuestra ley. Pero como dice Lafaille, por un sistema análogo al seguido en nuestra jurisprudencia, sobre la usura, sería dado combatir las cláusulas penales excesivas, cuando encuabieren situaciones de este género". ("La Ley", tomo 59, pág. 833, año 1950; C. F. de Bahía Blanca).

En los fallos 1) y 2) se observa una aplicación rigurosa del principio de la inmutabilidad de la pena convencional; en el 3), si bien se aplica la misma doctrina, se reconoce la posibilidad de moderar el principio, como se ha hecho en materia de intereses usurarios.

El criterio de la reducción judicial, prevalece en cambio en el fallo que puede leerse en "La Ley", tomo 39, pág. 253 del año 1945. En él, la Cámara Federal de la Cap. Fed. sentó la siguiente doctrina: «No puede admitirse que un acreedor después de haber cobrado el 92 % de su crédito, y cuando sólo se le adeuda un saldo de \$ 325, pueda considerarse con derecho a percibir \$ 2.999, entendiéndose hacer efectiva una cláusula penal referente a una cesión de derechos otorgada en garantía, por falta de pago oportuna de dicho saldo. Ello sería contrario a la moral y a las buenas costumbres, normas jurídicas que apoyadas en la buena fe, han inspirado y dominan toda nuestra legislación de fondo». Más adelante, en el mismo fallo se dijo que "los jueces tienen la facultad de disponer la reducción a los límites razonables de los intereses, y en su caso también de las cláusulas penales para moderar lo que fuere excesivo."

Por la nulidad de las estipulaciones penales abusivas, se han pronunciado nuestros tribunales en varias oportunidades, como ser en el fallo siguiente: "...Declarada la nulidad de la cláusula penal que estipule

intereses punitivos, por ser éstos excesivos, no corresponde al tribunal que fije interés alguno por ese concepto" (J. A., C. C. segunda de la Cap., tomo 34, pág. 170). En este caso el Juez de primera instancia había reducido los intereses punitivos; el Tribunal superior dijo en esa oportunidad, que no hay disposición legal que autorice a los jueces para establecer tales intereses ni aún por vía de reducción de las estipulaciones convencionales, de modo que declarada la nulidad de la cláusula penal, ésta no podía producir efecto alguno, conforme al art. 1050 del Código Civil.

En otro fallo, se menciona la doctrina del abuso del ejercicio del derecho, no aceptada por el codificador ni por el Dr. Bibiloni en su Anteproyecto; ("La Ley", Rep. año 1949; fallo de la Cámara segunda de apelaciones de La Plata, Sala I, de agosto 26-1949). "Elementos de la hipoteca. Modalidades: cláusula penal. El contrato tiene valor de ley para las partes siempre que no se oponga a los límites establecidos por el art. 21 C. C. y a los que resulten de la doctrina del abuso del derecho, dentro de cuyos límites no se halla comprendido el pago a destiempo del interés pactado que autoriza la ejecución hipotecaria por decaimiento del plazo, a menos que sea por diferencia mínima y no muy reiterada, no causante de perjuicio y que no afecte la esencialidad del plazo convenido".

Otra orientación interesante es la que en una oportunidad estableció la C. N. Com., Sala B, en un fallo de abril 13/1953 ("La Ley", Rep. año 1953): "Pactada una pena por cada día de retardo en la entrega de la mercadería, a descontarse del precio pactado, su monto no puede exceder del precio de esa mercadería."

En este fallo, la doctrina sustentada por el tribunal, parece inspirarse en la que consagra el art. 920 del Código Civil brasileño. Este criterio de reducción, que tiene su origen en Freitas, ha sido adoptado por otros Códigos americanos. (Chile, México, Colombia y Ecuador).