

1400

Donación
Dr. Enrique Petracchi

GUILLERMO DIAZ

Doctor en Jurisprudencia

**LA INMUTABILIDAD
DE LA
CLAUSULA PENAL**

Su evolución histórica. Sistemas legisla-
tivos modernos. Legislación comparada.
Legislación argentina. El sistema de la
inmutabilidad penal. Interés jurídico y
legal de su revisión.

TESIS LAUREADA CON EL PREMIO "PROFESOR EDUARDO
PRAYONES" Y RECOMENDADA AL PREMIO "FACULTAD"

LIBRERIA Y EDITORIAL "EL ATENEO"
FLORIDA 371 - CORDOBA 2099
BUENOS AIRES

1936

INDICE GENERAL

	<u>Página</u>
<i>Breves palabras preliminares</i>	11
<i>Bibliografía</i>	13

PRIMERA PARTE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

CAPITULO PRIMERO

Derecho romano

1. Limitaciones a la potestad judicial	19
2. La solemnidad y el formulismo en los contratos. Ampliación de los mismos	20
3. Nacimiento de la cláusula penal	20
4. Distinto carácter en el derecho romano y en las legislaciones modernas. Reminiscencia histórica en los actuales cuerpos de leyes..	20
5. La inmutabilidad era el carácter de la "stipulatio poenae". Debate a su respecto. Variantes con uno de los sistemas legislativos modernos	21

CAPITULO SEGUNDO

Derecho francés

	Página
6. División del proceso histórico del derecho francés	25
7. Derecho antiguo. Sistema de Pothier: a) la pena excesiva puede ser moderada por el juez. Controversia; b) la reducción en materia de préstamos de dinero; c) cuando el daño es mayor para el acreedor que la pena estipulada. Discrepancia doctrinaria con respecto a la jurisprudencia de la época; d) modificación de la pena cuando la obligación principal ha sido ejecutada parcialmente. Incorporación de dicho principio a las legislaciones actuales	26
8. La doctrina ha combatido unánimemente a Pothier	30
9. Réplica	30
10. Derecho intermedio. a) primer proyecto de Código Civil; b) segundo proyecto; c) tercer proyecto	31
11. Derecho nuevo. El Art. 1152 del Código Civil. Tendencias previas a su redacción. Relación del tribuno Favard. Relación de Mouricault. Proposición de Maleville. Primera redacción del Art. 1152. Impugnación de Bigot de Préameneu. Supresión de la segunda parte del artículo en discusión y modificación de la primera	33
12. Principio legal. Excepción al principio de la inmutabilidad penal	35

CAPITULO TERCERO

Derecho germánico

13. Diversa evolución a la del proceso histórico francés. Preponderancia del derecho romano. Su importancia en materia de obligaciones	39
14. Código de Baviera de 1756: Divergencia con la tendencia francesa de la época en cuanto a la inmutabilidad penal. Código de Prusia de 1794. Código de Sajonia de 1865: Concordancia con la tendencia legislativa francesa de esas épocas	40
15. Primer proyecto de Código Civil Alemán; orientación hacia la amplia libertad convencional. La segunda comisión impuso la reducción judicial de la penalidad excesiva. Los Arts. 343 y 340, párrafo 2º. Consagración moderna de un principio antiguamente preconizado. Su significación como aspecto de la actual tendencia social	41

SEGUNDA PARTE

SISTEMAS LEGISLATIVOS MODERNOS

Legislación comparada. Legislación Argentina

CAPITULO CUARTO

Sistema de la inmutabilidad de la pena convenida

	Página
16. Sistemas legislativos modernos	47
17. El principio de la inmutabilidad y su excepción en el Código Civil Francés. Su incorporación a diversos Códigos actuales ..	47
18. Legislación argentina. Anteproyecto de Biliboni	48
19. Criterios de aplicación de la excepción legal	49
20. Fundamentos del sistema	49
21. Examen crítico genérico de los mismos	50
22. Criterio cuantitativo en la aplicación y apreciación de la ilicitud de la pena derivado del monto excesivo de la misma. Remisión	51

CAPITULO QUINTO

Sistema de la modificación judicial de la pena estipulada

23. Códigos que establecen el sistema de la modificación judicial de la pena: Alemán, Suizo, Soviético	55
24. Antecedentes legislativos del mismo	56
25. Fundamentos de esta tendencia legislativa. Coordinación con otras prescripciones de la misma	56
26. Su crítica: el arbitrio judicial; disminución del efecto compulsorio de la cláusula penal; la perturbación litigiosa a que el sistema puede dar lugar. Previsión legal para el juez. Aplicación prudencial por parte de la jurisprudencia alemana	57

CAPITULO SEXTO

Sistema que marca un límite legal a la pena convencional

27. Códigos que establecen un límite legal al monto de la pena estipulada: Brasileño, Mejicano	61
28. Antecedentes nacionales de la prescripción del C. C. Brasileño: Freitas	61

	Página
29. Fundamento del sistema	62
30. Su crítica	62
31. Otros preceptos legales del mismo	63
32. El principio limitativo de la pena es de orden público. Dis- rinción con el sistema alemán	63

TERCERA PARTE

EL SISTEMA DE LA INMUTABILIDAD PENAL

Interés jurídico y legal de su revisión

33. Puntos a desarrollarse en esta tercera parte	69
--	----

CAPITULO SEPTIMO

Terminología y técnica jurídicas

34. La denominación de cláusula penal es una reminiscencia roma- na. Denominaciones más concordantes con los caracteres actua- les de la institución	71
35. La pena puede no ser una compensación de los daños y perjui- cios ocasionados. Crítica de dicha expresión legal	72
36. La cláusula penal insta pero no asegura el cumplimiento de la obligación principal	73
37. Superabundancia técnica de las prescripciones que se refieren a la inmutabilidad penal. Justificación de su existencia en la ley. Progreso que significa la unificación de dichos preceptos en el Anteproyecto de Babiloni	74
38. Deficiente ubicación metodológica del Art. 522. Su incorpora- ción al título de la cláusula penal: Anteproyecto de Babiloni. El Código Civil Alemán la legisla entre los contratos en ge- neral, ubicación que propicia nuestra doctrina	76

CAPITULO OCTAVO

La autonomía de la voluntad

39. Concepto	79
40. Auge de la teoría cuando se exaltó el individualismo. Orien- tación social de nuestra época. La teoría encierra un exceso de individualismo	79

	Página
41. Bifurcación de la teoría: sistemas de la voluntad real y aparente	80
42. La autonomía de la voluntad no es absoluta. Limitaciones de carácter legal	81
43. Desigualdad contractual. Restauración del equilibrio por par- te del Estado	81
44. Una cláusula penal excesiva encierra una libertad contractual aparente. Una transcripción de Sánchez Román. Su crítica. La potestad judicial no puede amparar y sí debe repudiar un de- recho de tal naturaleza	83

CAPITULO NOVENO

La buena fe contractual

45. El principio de la libertad de las convenciones y los vicios del consentimiento. La falta de buena fe, creadora de una situación moral en el contrato, debilita su eficacia jurídica	87
46. La ausencia de buena fe, como expresión de una falla moral en el contrato. Esta conclusión es aplicable a las penalidades excesivas. El examen de las mismas a través del Art. 953 del Código Civil	88
47. La buena fe como categoría contractual en el derecho romano..	89
48. La buena fe como exigencia expresa en el derecho francés ..	89
49. Aunque no expresa, la buena fe es una exigencia implícita en nuestro derecho. Fallo reciente. El Anteproyecto de Babiloni in- corpora la buena fe a la ley en forma expresa e imperativa ..	90
50. La buena fe debe contemplarse aún en presencia de un texto expreso de la ley	91

CAPITULO DECIMO

El enriquecimiento ilegítimo

51. Una pena excesiva penetra en la esfera del enriquecimiento sin causa	95
52. Terminología	95
53. El principio general del enriquecimiento ilegítimo en la ley o sus aplicaciones particulares en la misma	96
54. Fundamento genérico de la teoría. El enriquecimiento dentro y al margen de la ley	97

	<u>Página</u>
55. Extremos que exige el enriquecimiento ilegítimo. El instituto aplicado a un caso práctico de jurisprudencia en que se resolvió la nulidad de una cláusula penal excesiva	98
56. Un caso de jurisprudencia que ratifica nuestro punto de vista. Orientación jurisprudencial a seguirse	100
57. Reperción por pago indebido	100

CAPITULO UNDECIMO

El abuso del derecho

58. Noción y terminología	103
59. Criterios subjetivo y objetivo. Su incorporación a diversos textos legislativos	104
60. Una cláusula penal excesiva involucra una situación de abuso del derecho	105
61. La existencia de principios legales no conmueve la afirmación que se formula y desarrolla en el punto anterior	107
62. Coexistencia con el acto ilícito	108
63. Sanción	110

CAPITULO DUODECIMO

La causa ilícita

64. Concepto que emerge de la lectura de los Capítulos precedentes: en la estipulación de una penalidad exagerada están en juego la moral y las buenas costumbres	113
65. Ineficacia de la obligación accesoria del contrato por tener la misma una causa ilícita	113
66. La ilicitud de la causa comprende el atentado a la moral y a las buenas costumbres. Variabilidad de conceptos	114
67. Prescripciones expresas de la ley en salvaguarda de las buenas costumbres	115
68. Examen de la jurisprudencia que ratifica lo expuesto en los puntos anteriores	116

CAPITULO DECIMO TERCERO

La solución del problema jurídico-legal

69. Las dos orientaciones a seguirse para la solución del problema, en base a un determinado criterio cuantitativo	123
--	-----

	<u>Página</u>
70. Conveniencia de que la pena exceda al valor de la obligación principal, lo que instará al cumplimiento de esta última	124
71. El duplo de la obligación principal como índice de validez de la penalidad. La solución en la obra de depuración de la jurisprudencia por la aplicación de principios generales en vigencia para el progreso de dicha tendencia jurisprudencial	124
72. El Anteproyecto de Bibiloni proporciona también los elementos para el progreso de dicha tendencia jurisprudencial	125
73. Dificultades de aplicación en los casos de obligaciones de hacer o de no hacer. Soluciones para los casos de intereses usuarios que excedan la tasa aceptada del doce por ciento anual	126
74. El caso del acreedor insuficientemente indemnizado	127
75. Con el criterio cuantitativo se consultan las ventajas de la estipulación penal como asimismo el principio de inmutabilidad de la misma	127
76. Antecedentes históricos analógicos que lo refuerzan. Referencia a prescripciones legislativas actuales	128
77. La nulidad, sanción que corresponde aplicar a las penas excesivas en las que coexiste la causa ilícita. Su efecto moralizador y sus fundamentos jurídicos. Opinión que sustenta la facultad judicial de reducción. Su crítica. Jurisprudencia divergente. Consecuencias de la nulidad de la cláusula penal	129
78. Supuesto de incorporación del criterio cuantitativo como precepto legal expreso. Carácter de orden público del mismo. Ventajas que reportaría su adopción y su superioridad sobre la legislación de la materia en los tres sistemas legislativos actuales	132