

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

* * *

INCIDENCIA DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 17711 AL PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD EN LA CLAÚSULA PENAL(ART. 656, CÓDIGO CIVIL)

LUIS LEIVA FERNÁNDEZ y RUBÉN AGÜERO(*) (1067)

SUMARIO

I. Conceptos previos: función de la cláusula penal. a) Función resarcitoria. b) Función compulsiva. - II. Reforma de la ley 17711. Pautas legales. a) La equidad. b) Desproporción entre el valor de la prestación debida y la pena pactada. c) El efectivo daño sufrido. - III. Aplicación al casus judicandi. - IV. Virtualidad y eficacia de la cláusula penal. a) En la función resarcitoria. b) En la función compulsiva; sus dos causas. - V. Soluciones. - Bibliografía.

I. CONCEPTOS PREVIOS: FUNCIÓN DE LA CLAÚSULA PENAL

Las instituciones jurídicas no son meras construcciones arquetípicas de la realidad, sino antes bien, se confunden con esa realidad y la reflejan en sus notas esenciales. No es lícito, por tanto, dissociar tales institutos del sustrato real que hace a su fundamento, pues semejante disociación no conduciría sino a la creación de una fórmula vacía, que sería por ello inocua e intrascendente.

A la luz de estos razonamientos, observamos que la reforma al artículo 656 que destruye el principio de inmutabilidad absoluta de la cláusula penal, deja este instituto huérfano de los efectos que corresponden a la normalidad de su institución, y carente, en la práctica, de todo contenido.

Cuando los romanos contrataban como obligaciones accesorias a las de dar, una stipulatio poenae, sólo tenían en mira las cobranzas de sus créditos que de otra manera no eran ejecutables. Es decir, pretendían resarcirse del daño causado por el incumplimiento de sus deudores.

Así - ab initio -, quedó configurada una de las funciones típicas de la cláusula penal.

A posteriori, la doctrina descubrió, en ese pacto accesorio, una nueva función, la compulsoria.

Hoy ya nadie duda de la concurrencia de ambas, resarcitoria y compulsiva, en la conformación definitiva de la cláusula penal.

He ahí nuestro punto de partida.

a) Si bien de algunos textos de doctrina pareciera surgir la noción de que la función resarcitoria importa una liquidación convencional y anticipada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los daños y perjuicios(así, Llambías, J.J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, t. I, pág. 386, Ed. Perrot, Bs. As., 1967; Salvat, R. M., Tratado de derecho civil argentino, obra actualizada por Galli, E.V., Obligaciones en general, t. I, pág. 220, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1952; Colmo, A., De las obligaciones en general, pág. 135, Ed. Abeledo, Bs. As., 1961; Borda, G. A., Tratado de derecho civil argentino, t. I, pág. 172, Ed. Perrot, Bs. As., 1967), sería más correcto decir que es una cláusula convencional, accesoria a un contrato, que hace presumir *juris tantum* el monto que ha de cubrir la indemnización de daños y perjuicios en cuyo lugar juega. *Juris tantum* por dos motivos: primero, porque anticipadamente no se puede valuar ningún daño; segundo, por cuanto esa ponderación que se hace del monto de la indemnización que correspondería por daños y perjuicios, queda, tras el agregado hecho por la reforma de la ley 17711 al artículo 656, sometida a la regulación que de ella puedan realizar los jueces.

b) Respecto a la segunda función, compulsiva, también disentimos en la conceptualización que de ella se hace (Llambías, J. J., op. cit., pág. 387), en cuanto ejercería "un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para evitar la pena..." Un argumento de hecho y otro de derecho se oponen a tal concepción; por una parte, la mayoría de los morosos no pagan no porque no quieran sino porque no pueden; y por otra, no se puede decir que esa compulsión, que no negamos, induzca al deudor a pagar, porque si sólo de ello se tratara, desaparecería al momento de cesar la opción de pagar o no pagar; en otras palabras, acabaría en el instante mismo del incumplimiento. Esa compulsión existe, consistiendo únicamente en la concientización que el deudor haga de la fluidez que ha adquirido - en virtud de la cláusula - la posibilidad que tiene el acreedor de cobrar su crédito sin necesidad de probar el efectivo daño sufrido.

Agreguemos que ambas funciones tampoco concurren en el tiempo, porque mientras la compulsiva se agudiza a medida que transcurre el mismo hacia la concreción material del derecho que ostenta el acreedor, la resarcitoria sólo se efectiviza en el instante mismo de esa concreción.

Antes de la reforma efectuada por la ley 17711 al Código Civil, el artículo 656 - único precepto legal, referido a la inmutabilidad de la cláusula penal - se mantenía inalterable en la posición enunciada por Vélez. No obstante ello, la jurisprudencia - gran modificadora -, no tardó en relativizar el precepto mentado(en ese sentido, Cám. Nac. Civil "A", 3/12/ 59, L.L., 98 - 535; "D", 6/9/63, E.D., 7 - 847; Cám. Civil 1ª Cap., 9/11/37, L.L., 8.704; Cám. Fed. Cap., 11/7/45, L.L., 39.253, etc.) y la doctrina también se inclinó en tal sentido(Colmo, ob. N° 175; Llambías, Parte general, t. II, N° 1465; Spota, t. I, vol. 2, N° 286; Busso, t. IV, pág. 491; Rezzónico, t. I, pág. 252; Borda, Obligaciones, t. I, N° 205). De esa manera se configuró una útil interpretación del texto legal, o si se quiere una gran divergencia entre la norma y su aplicación. "Util" - decimos - porque servía eficientemente a su objeto, la cláusula penal.

Lógico parecería entonces unificar el criterio de aplicación del precepto legal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. REFORMA DE LA LEY 17711. PAUTAS LEGALES

Surge así la reforma. El legislador opta por la interpretación dada por la jurisprudencia al texto del artículo 656, que ahora transcrito dice así: "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".

Inmediatamente surge una pregunta, en cuanto dice "podrán" ,¿implica el texto una regulación de la pena, de oficio? Seguramente que la respuesta será negativa, ya que no se admite, desde el punto de vista procesal, una excepción al principio de congruencia: el juez debe atenerse a lo peticionado por las partes en su sentencia.

Al no ser de oficio es obviamente a instancia de parte. ¿Y cómo juega siendo a instancia de parte? Entendemos que la parte demandada, que es el deudor de la obligación, lo alegará y tratará de fundarlo a los efectos de provocar en el juez la convicción necesaria para que regule la pena por "gran desproporción en las prestaciones" y demás circunstancias del caso que configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor"(656).

Esa fórmula es similar a la del artículo 1071 reformado también por la ley 17711, que en su segundo párrafo dice: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres". Pero dijimos que es función propia de la institución de la cláusula penal la compulsiva, por lo que compeler hace al espíritu de la ley - en este caso el Código Civil -, en lo atinente a la cláusula penal; de ahí que nunca pueda ser abusiva - y por ello pasible de ser regulada -, por contrariar los fines que la ley tuvo en miras al reconocer el derecho. El otro elemento del artículo 1071 es el exceso en los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. En nuestro caso, entendemos que la producción de la prueba que determine un "exceso en los límites de la buena fe" es de muy difícil realización; y respecto a la moral y las buenas costumbres, es innecesario el hacer notar que ambos conceptos, la moral y las buenas costumbres se reputan hechos notorios, de los que es innecesario el producir prueba que los confirme, por lo que el deudor se vería limitado a pedir que se regule la pena, por ser abusiva en virtud de contrariar la moral y las buenas costumbres. Y allí terminaría su alegato, ya que nada agregaría tratando de probar las buenas costumbres o la moral.

Desde otro punto de vista, quizá sea necesario hacer hincapié en el carácter de facultad que reviste la posible regulación por parte del juez. Más aún, produciendo el deudor prueba suficiente como para lograr la regulación de lo pactado, el juez podría no disminuir su monto.

Vimos ya cómo en la práctica el carácter de abusivo (656) - suficiente para inducir al juez a reducir la pena - se desdibuja al relacionarlo con los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elementos que lo conforman, el contrariar los fines de la ley, o exceder los límites de la buena fe, la moral o las buenas costumbres(art. 1071). Más aún, la sanción para los enunciados del artículo 1071 es la nulidad, mientras que la sanción - si así se le puede llamar - para su similar el del artículo 656, es su regulación, su reducción, pero nunca su nulidad.

Descartamos así la posibilidad de que los tres supuestos del artículo 656, desproporción con la gravedad de la falta que sanciona, desproporción en el valor de las prestaciones, y demás circunstancias del caso, realmente logren configurar un "abusivo aprovechamiento de la situación del deudor". De esos tres elementos sólo uno está claro, la desproporción en el valor de las prestaciones. Suponemos entonces que debe computarse, a tal efecto, por un lado, la contraprestación cuyo cargo tuvo el acreedor - que se presume cumplida, ya que de no ser así, no podría demandar el cumplimiento de lo pactado -; y por otro, no sólo la prestación, sino la prestación y los valores que correspondiendo a daños, intereses y depreciación monetaria se hayan conjugado conformando el único valor pactado: la pena.

Los otros dos elementos son en extremo oscuros.

Uno de ellos, "la desproporción con la gravedad de la falta que sanciona", estimamos sólo puede hacer referencia a una de dos cosas. O a la gravedad que se desprenda del acto de inejecución. O a la gravedad implícita en la cuantía del daño causado.

Si hace referencia a la gravedad del acto de incumplimiento, es irrelevante, pues si hay incumplimiento (debe haberlo, ya que de no ser así no se podría exigir el cumplimiento de la pena. Conf. arts. 654 y 655), menos que culpa no puede haber, y ya sería suficiente como para que proceda la aplicación de la pena tal como se ha pactado. Y si hay otra cosa que no sea culpa, es dolo, lo que agravaría la responsabilidad del deudor, desvirtuando totalmente su pretensión.

El segundo elemento es aún más oscuro que el primero. Sin embargo, la jurisprudencia(Cám. Nac. Com., "C", 24/12/65, E.D., 19 - 82; Cám. Nac. Civ., "C", 4/4/68, E.D., 25 - 737; Cám. Nac. Civ., "E", 21/10/66, E.D., 19 - 87; Cám. Nac. Civ., "A", 13/12/66, E.D., 19 - 69; Cám. 1ª C.C. Bahía Blanca, 18/6/68, E.D., 23 - 617, etc.) y el doctor Llambías (op. cit., Apéndice al t. I, pág. 32) en cuanto fue uno de los primeros comentaristas a la ley 17711, opinan que la expresión "las demás circunstancias del caso" a las que hace referencia el agregado al artículo 656, comprende en primer lugar al efectivo daño sufrido por el acreedor.

En adhesión a este criterio señalamos nuestra opinión vertida ut supra, al respecto de la otra posibilidad que encuentra cabida dentro del concepto del segundo elemento del artículo 656, en cuanto dice "monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sanciona" y que entendemos - tras haber desestimado la posibilidad de su comprensión como gravedad en el propio acto de incumplimiento - sólo puede ser la gravedad implícita en la cuantía del daño causado al acreedor.

Llegamos así - por mero descarte - a considerar sólo tres elementos con suficiente capacidad como para dar la pauta que el juez deba tener en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuenta en la posible regulación de la pena pactada. Estas pautas son: la equidad, el simple valor de la prestación debida e incumplida, y el efectivo daño sufrido.

a) La equidad, primera pauta, la consideramos irrelevante para determinar la regulación de algo tan concreto y objetivo, como es una pena que ha de entrar en el patrimonio del acreedor en lugar de la indemnización que le correspondería por daños y perjuicios en el incumplimiento de la obligación que le es debida. Porque - si fuera ésa la pauta a tenerse en cuenta - el legislador de 1968 habría puesto directamente la palabra "equidad", como lo ha hecho con los nuevos artículos 907, 1069, 1198, etc., y en la exposición de motivos que tuvo en cuenta para propiciar su sanción. Por otra parte, la pauta suministrada por la equidad está amparada por los códigos alemán(art. 343) y suizo(art. 163). Pero dejando de lado la inmutabilidad de la pena, la equidad juega tanto para el acreedor como para el deudor; y así el acreedor que ve afectado su patrimonio por daños de monto muy superior a la pena pactada, podría, en lugar de optar por ejecutar daños y perjuicios, ejecutar la pena, que se vería aumentada en un plus determinado por la equidad.

Sin embargo, nuestro artículo 656 sólo dice "reducir", con lo que la equidad, si es admitida como pauta para la regulación del monto de la pena, sería obviamente inequitativa, pues sólo jugaría en beneficio del deudor.

Ello no obstante, la jurisprudencia, fundada en razones de equidad, había admitido, con anterioridad a la reforma, la reducción de penas excesivas por aplicación extensiva del artículo 953, que una vez más reafirmaba su condición de "comodín" dúctil a las ambiciones pretorianas de nuestros intérpretes.

b) La otra pauta a la que hicimos referencia es la desproporción entre el valor de la prestación debida y la pena pactada, sin incluir en el concepto de prestación debida los daños y perjuicios sufridos por el acreedor tras el incumplimiento de su deudor. Esta posición se ve avalada por el Código de Brasil(art. 920) y México(art. 1843). Pero resulta obvio que ningún acreedor va a limitarse al valor de la prestación debida, si ha sufrido daños por su inejecución; y tampoco podría ejecutar la cláusula penal y adicionalmente exigir el daño sufrido por vía de indemnización, ya que a tal proceder se opondría nuestro artículo 655; de manera que se vería ante la opción de cobrar sólo el valor de la prestación que le es debida, o de demandar la indemnización por daños y perjuicios sufridos, debiendo en tal caso producir la prueba necesaria sobre el daño que estime haber recibido, hasta integrar el monto total de lo que reclama.

Vemos cómo se desvirtuaría de esta forma el juego de la institución pactada.

c) Consideremos por último el efectivo daño sufrido por el acreedor, como pauta a la que habría de atenerse el juez, ante el pedido formulado por el demandado de reducción del monto de la pena.

Como primer paso, intentemos integrar la pena mediante la concurrencia de sus factores. Ellos son: en primer lugar, el valor de la prestación debida; segundo, el efectivo daño sufrido por el acreedor, al que podemos clasificar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en daño derivado de consecuencia inmediatas, y daño derivado de consecuencias mediatas(conf. juego de los arts. 901, 903, 904, 905 y 520, 521), siendo obvio que, en principio, el deudor sólo habrá de responder por los daños inmediatos, pudiendo ampliarse su responsabilidad - aún más allá de lo pactado - si hubiera actuado con dolo en la inejecución de la obligación. Otros factores que deben integrar la pena, son, sin lugar a dudas, intereses que siendo altos no serían usurarios, pues comprenderían dentro de su tasa la demostrativa de la depreciación monetaria.

Este concepto - el de los intereses - en principio debe ser referido al monto que surge de la adición a la prestación, de lo sufrido por daños, inmediatos o mediatos e inmediatos.

De estos tres factores integrantes del monto de la pena, sólo uno es fijo e inalterable: la prestación. Los otros dos factores son en realidad susceptibles de dos ponderaciones diferentes que de ellos se puede hacer: una primera ponderación de por sí reflejante de un valor incierto, que se realiza al momento de la constitución de la cláusula penal. Ponderación de un valor incierto - decimos -, porque ambos factores serán fecundados - variando su monto - por el transcurso del tiempo. Obvio es que a mayor transcurso de tiempo hasta la ejecución de la pena, corren más intereses; y a menor transcurso de tiempo, menos. De manera análoga pasa con los daños, que pueden agravarse o diluirse en el mismo período.

La otra ponderación de los daños e intereses en cuanto factores constitutivos de la pena - se realiza en el instante mismo de su cobro, donde se visualiza verazmente - ciertamente - el volumen de daños e intereses corridos desde el incumplimiento.

Ahora bien, si la primera ponderación de estos dos factores es de por sí variable, es obvia la posibilidad de que el acreedor, al momento de la constitución de la cláusula, se haya equivocado y la haya estimado en más de lo que realmente iba a ser. O peor aún, obrando de mala fe, aprovechó el carácter de variable de estos dos factores, para imponer una carga injusta al deudor.

Previo a toda consideración, se hace imprescindible el destacar el hecho de que esta materia, por no ser de orden público, se enmarca íntegramente en el concepto enunciado por el artículo 1197, Código Civil, de manera tal que juega en principio - soberana la voluntad de las partes. Encuentra su límite - desde luego - en lo dispuesto por el artículo 954, Código Civil. Únicamente de allí puede hacerse surgir la facultad otorgada por el nuevo artículo 656.

III. APLICACIÓN AL CASUS JUDICANDI

Observemos la realidad. Veamos cómo actuaría la cláusula penal ante la solicitud de reducción que de la pena haga el deudor.

Dijimos ya que funciona a instancia de parte; esta opinión se ve afirmada por la vertida por el doctor Llambías en su obra (op. cit., Apéndice al t. I, pág. 33). De esta manera, tras presentarse el acreedor demandando la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejecución de la pena pactada, luego del traslado de la demanda - o si fuese ejecutiva tras la citación de remate -, comparecería a juicio solicitando la reducción de la pena; a tal efecto y con el fin de promover en el juez la convicción necesaria para que así lo decrete, intentará producir prueba suficiente en tal sentido. Acompañará en ese caso elementos de juicio, considerando que la única pauta concreta - según lo demostramos - a tener en cuenta para la reducción de la pena es el efectivo daño sufrido por el acreedor, para que de esa manera haga factible la procedencia de lo solicitado. Deberá entonces producir prueba suficiente por la que se demuestre que, aun conjugando todos los factores integrantes de la pena, a saber: la prestación debida, el efectivo daño y los intereses incluida la tasa de inflación que corresponda, no se logra integrar el monto total de lo pactado y demandado en la pretensión de la parte actora.

Al respecto, dos comentarios. Primero: Según lo visto precedentemente, en realidad el deudor sólo podrá cuestionar dos factores de los integrantes de la pena, ya que el tercero es invariable: la prestación. Solamente sobre el monto en el que estime se hallan comprendidos esos dos factores variables podrá dirigir su ataque. Segundo: No imaginamos que la producción de esa prueba pueda realizarse de otra manera que no sea bajo la forma de una liquidación.

Pues bien, el deudor - demandado - presentará esa "liquidación", imputando a cada rubro un monto, la adición de los cuales, en su oposición con el monto demandado, arroje un saldo suficientemente significativo con lo desmesurado de la pretensión de la actora.

Pero de los dos factores variables, hay uno que "realmente" desconoce y que debe sin embargo estimar para fundar su oposición.

Ese factor es el daño que ha receptado el acreedor.

Ahora bien, no se nos escapa que el que esgrime un derecho en concreto del que pretende su ejecución es el acreedor. A él le basta únicamente el probar la procedencia de la ejecución de la cláusula punitiva, pero no su monto. Se atendería así a la producción de la prueba demostrativa de todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad, excluido el daño.

El demandado en cambio es quien pretende la excepción, y ya se trate de la procedencia en sí de la cláusula penal, o sólo de su monto encaminado a una reducción, pasará sobre él la carga procesal consistente en la producción de las pruebas.

Ante la oposición del "saldo de la liquidación" practicada por el demandado, el acreedor tiene dos opciones. La primera opción consiste en no hacer nada, ya que, como expresamos, aun produciendo el demandado pruebas suficientes e idóneas como para que proceda la reducción de lo pactado, ello no obligaría al juez, pues lo que le otorga el artículo 656 es sólo una facultad de la que puede no usar, ante lo que nada se podría alegar.

La segunda opción consiste en tratar de desvirtuar antes de la sentencia el "saldo en la liquidación" practicada por el deudor. A tal efecto, sólo podrá intentarse impugnar la estimación del monto de los daños que haya realizado el deudor. Así pretenderá incrementarlo con la adición del daño producido por nuevas frustraciones a beneficios que podría haber obtenido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de no mediar el incumplimiento(lucro cesante)del daño indirecto derivado de las implicancias que en sus relaciones con terceros tuvo el incumplimiento de la prestación prometida - el no levantamiento de una hipoteca -, daño que habría asumido el deudor a su cargo por haber dolo en su incumplimiento. Dolo que por supuesto pretenderá probar el actor. Así, en adición a la liquidación practicada por el deudor, el actor incluirá dentro del rubro "daño" un monto suficiente como para integrar el pactado, enjugando de esa manera el saldo cuestionado, a los fines de desvirtuar la oposición de la parte demandada.

He aquí el nefasto efecto de la reforma al artículo 656, en cuanto relativiza la inmutabilidad del monto pactado en la cláusula penal.

El acreedor, que en ningún momento fue sujeto pasivo en la carga procesal de la producción de las pruebas, al presentarse al tribunal amparado por la virtualidad propia de la cláusula para exigir la ejecución de lo pactado, se ve en la necesidad de producirlas. En otras palabras, se ve compelido a probar todo el daño cuyo monto se halle controvertido por haberlo cuestionado el excepcionante, fundándose en el saldo que haya arrojado la liquidación por él practicada.

Así, la fluidez que le es propia a la cláusula punitiva se diluye en el proceso.

Así, pierde virtualidad la función compulsiva.

Así, puede verse en peligro la resarcitoria.

Así, se confunde la cláusula penal en un único efecto con un común juicio por daños y perjuicios.

Así el contratarla no ofrece ya ventaja alguna al acreedor.

Así - en fin -, deja de existir la cláusula penal.

IV. VIRTUALIDAD Y EFICACIA DE LA CLAÚSULA PENAL

La esquematización básica realizada hasta aquí sólo denota dos funciones, o si se quiere, dos efectos. Asegurar como mínimo al acreedor el valor de la prestación debida, y poner a tal fin, a su disposición, los medios que faciliten su cobro. Más adelante veremos cómo esta función adquiere nueva dimensión, tras modificarse su enfoque.

a) En lo que hace a la primera de ellas, admitimos, aun tras el hecho de haberse desvirtualizado la cláusula conforme la reforma al artículo 656, la posibilidad de que el acreedor vea básicamente satisfechos la prestación y el resarcimiento que corresponden por los daños ocasionados y que sean reflejos del incumplimiento.

Así, no cabe duda que en virtud de la forma en que juega el sistema del onus probandi, según ya vimos, y pudiendo el actor ofrecer y solventar las circunstancias demostrativas de la incidencia del daño provocado en su patrimonio, es conveniente que la pena cuya ejecución se pretende no se vea disminuida en su monto. Por otra parte - obvio es -, en el momento de la constitución el acreedor habrá de dejar margen suficiente en el monto de lo pactado como para reintegrar su patrimonio tras el posible incumplimiento. De tal manera, y a costo de la pérdida de los beneficios otorgados por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cláusula, en lo que hace a la exención en la producción de la prueba, invirtiendo la sujeción a tal carga, el actor - acreedor podrá - probablemente - resarcirse económicamente.

b) En lo que hace a la segunda función, la compulsiva, dijimos que si se la interpreta únicamente como la motivación psicológica que promueve al deudor a pagar la pena, inducido por el alto monto que ella refleja, se desvanece por dos causas que llegan a determinarla, degenerándola.

1. La primera consiste - según lo visto - en encaminarla solamente hacia un único momento: la opción del pago; así cesando la opción por el incumplimiento, cesaría la coerción. Subsana la anomalía producida por esta causa, entendiendo por función compulsiva "la toma de conciencia que el deudor haga de la fluidez que ha adquirido - en virtud de la cláusula - y la posibilidad que tiene el acreedor de cobrar su crédito sin necesidad de probar el efectivo daño sufrido".

2. La segunda causa determinante de la aparente aniquilación de esta función es el pretender que sólo el monto elevado de la pena es suficiente incentivo para lograr el cumplimiento del deudor. De ser así, la sola posibilidad de cuestionar judicialmente su monto es motivo suficiente para inhibir en el deudor el temor que de la pena pueda haber tenido. Bastará - aparentemente - el alegar que la pena es abusiva, para que de hecho quede controvertido su monto.

V. SOLUCIONES

¿Cómo se puede subsanar esta incongruencia introducida por la reforma? Afirmemos la existencia de la función compulsiva tal como la hemos definido, pero reorientemos su enfoque.

A tal efecto, agreguemos un elemento no considerado por la doctrina, al que atribuimos sin duda el verdadero carácter compulsivo.

Tal es la fluidez adquirida por el crédito. Este elemento se concreta en la consideración de su existencia como título ejecutivo. De esta manera el acreedor obtiene ventajas decisivas para lograr el cobro inmediato de su crédito. Esa ventaja temporal es una de las dos motivaciones que determinaron al acreedor a pactar la cláusula. Esa ventaja temporal también se obtiene demandando mediante la vía ejecutiva.

La otra motivación que ayuda al acreedor a determinarse en favor de pactar la pena es la falta de necesidad de probar la causa determinante de su demanda. Esa irrelevancia en la producción de la prueba de la causa también se obtiene actuando dentro del marco del proceso ejecutivo, ya que el título ejecutivo tiene la causa en sí mismo. Dicho de otra manera, se prueba a sí mismo.

Recordemos, aunque más no sea tangencialmente, que en los procesos de conocimiento, debe probarse la causa que lo determina, para obtener en definitiva una sentencia declarativa del derecho ya existente, sentencia que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

luego será ejecutable; mientras que en el proceso ejecutivo, al estar la causa evidente, se hace innecesaria su prueba, por lo que directamente se procede a la ejecución del derecho.

Obvio es que en ambos procesos debe demostrarse que ha habido incumplimiento y éste ha adquirido relevancia jurídica, como para que proceda la sentencia declarativa en el de conocimiento, o ejecutiva del derecho evidente.

Surge acá un problema: el artículo 523 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no menciona en ninguno de sus siete incisos, como título ejecutivo, al documento donde se ha asentado una cláusula penal.

¿Esa enumeración es taxativa? Entendemos que sí, pero valdría lo mismo que no lo fuera, ya que en sus siete incisos se consideran los dos grandes rubros en los que se pueden clasificar los títulos que traen aparejada ejecución; así, el doctor Hugo Alsina los denomina judiciales o extrajudiciales: "el título extrajudicial puede ser convencional o administrativo" (Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, t. III, pág. 46, Cía. Arg. de Editores, Bs. As., 1943); en idéntico sentido se pronuncia el doctor Colombo al atribuir fuerza ejecutiva a determinados convenios de partes, como por ejemplo la compraventa de fondo de comercio (Colombo, Carlos J., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado, t. IV, págs. 51/2, Abeledo Perrot, Bs. As., 1969).

Respecto de la taxatividad de la enumeración del artículo 523, acotemos una opinión doctrinaria en divergencia más formal que sustancial. El doctor Podetti dice: "Ni la enumeración es taxativa, ni necesaria (en lo que coincidimos), bastando señalar los requisitos para la procedencia de la vía ejecutiva o los presupuestos del título ejecutivo" (Podetti, Ramiro J., Derecho procesal civil, comercial y laboral, t. VII - A; Tratado de las ejecuciones, pág. 137, Ediar S.A., Bs. As., 1968).

Con este esquema previo consideremos cómo puede adquirir acción ejecutiva convencionalmente el documento constitutivo de una cláusula penal. Basta para ello que reúna las condiciones necesarias en cuanto suponga "una constatación fehaciente de una obligación líquida y exigible" (Cám. Civil 1ª La Plata, J.A., 1959 - I, pág. 469). Ese carácter de "fehaciente" se lo da la virtualidad propia de cualquiera de los dos grandes rubros de títulos ejecutivos enunciados por Alsina, o sea, el emanar de la ley, o de la convención de las partes mediante pacto documentado en instrumento público o privado.

Dentro de los títulos ejecutivos de creación convencional, procedemos a descartar los asentados en instrumentos privados, por requerir, como paso previo a la adquisición de la ejecutividad del derecho en ellos contenido, la preparación de la vía ejecutiva. No consideramos este supuesto por ser de gestación más lenta y no responder por ello a la noción de fluidez que debe reflejar la cláusula pactada. Bajo otro aspecto, si llamado el deudor a reconocer la firma del instrumento privado, la desconoce, se haría necesaria ya la producción de la prueba confirmatoria de la veracidad del documento, y con él, del crédito allí sentado, aspecto éste innecesario en el caso que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nos interesa, cuando la documentación de la cláusula punitiva se hace en instrumento público, al que únicamente se podría desvirtuar querellando de falsedad.

Respecto a la creación convencional de títulos ejecutivos, ya no quedan dudas al respecto. No sólo en materia civil, sino dentro del marco de competencia comercial, es plenamente factible dar nacimiento de común acuerdo al título, presupuesto formal de la procedencia de la acción ejecutiva. Así podemos añadir, a las ejemplificaciones anotadas por el doctor Colombo, el caso de todo pagaré al que las partes hayan constituido, pactando de manera accesoria una cláusula "sin protesto".

Confirmando lo dicho es de hacer notar en apoyo de nuestra tesis el hecho de que, con anterioridad a la sanción de la ley 17454, ya nuestros tribunales otorgaban acción ejecutiva a la demanda por el cobro del crédito de expensas comunes en un inmueble de propiedad horizontal, cuando así se había previsto en el reglamento respectivo, no obstante la taxatividad en la enunciación de los títulos que traen aparejada ejecución.

Esto es así, exclusivamente, porque lo que realmente otorga la acción ejecutiva no es el título, sino los caracteres propios del mismo. Entendemos que así quiso pronunciarse Chiovenda en cuanto escribió: "el título ejecutivo es el presupuesto o condición general de cualquier ejecución, y por lo tanto, de la ejecución forzosa: Nulla executio sine título" (Chiovenda, Instituciones del derecho procesal, t. I, pág. 335).

Carnelutti citado por Podetti (op. cit., pág. 54) aclara el concepto diciendo que lo que da el carácter de presupuesto de la acción ejecutiva al título es "la especial certeza que presenta en estos casos el crédito. . ."

Vemos entonces que a lo que en realidad se confiere acción ejecutiva, tras el título, es nada más que a - como dice Podetti (op. cit., pág. 123) - "la constatación fehaciente de una obligación exigible". Otra concepción (Reyes Monterreal, cit. por Podetti, pág. 121) es la que considera al título ejecutivo como "la abstracta razón jurídica, fehacientemente acreditada, a virtud de la cual, prima facie, se admite la existencia del derecho a promover la actividad del órgano judicial en torno a la realización práctica, en vía ejecutiva, de una pretensión a cuya satisfacción tiene derecho el actor por virtud del título mismo". Se puede apreciar así cómo, en realidad, el título ejecutivo no es más que el punto de concurrencia de requisitos mínimos en cuanto a la existencia y exigibilidad del crédito.

De este modo, bastará con reunir esos requisitos que Podetti (op. cit., pág. 127) los resume en: legitimación sustancial, causa lícita, objeto cierto y determinado o fácilmente determinable, plazo vencido, y obligación pura o condición cumplida. . ., para que quede conformado un título que traiga aparejada ejecución.

En cuanto a la certeza anotada por Carnelutti, es obvio que fue el motivo determinante de la inclusión de los incisos 1º, 2º) y 7º) del artículo 523 de la ley 17454. En especial el inciso primero, que enuncia como título ejecutivo a los créditos documentados en instrumentos públicos. En instrumentos públicos - ya lo señalamos -, porque para negar su contenido es necesario querellar de falsedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De esta esquematización surgen dos posibilidades para intentar subsanar las deficiencias funcionales introducidas por la reforma a la cláusula penal y en nuestro caso específicamente - tras haber superado dicho obstáculo en la función resarcitoria - en la función compulsiva. Tales posibilidades contemplan dos posiciones, la que entiende que el artículo 523 es taxativo, y la que lo contempla como meramente enunciativo.

En la primera posición, se vislumbra una posibilidad. Ella consiste en asentar en instrumentos públicos los documentos constitutivos de la cláusula pactada; de esta manera el convenio adquiere certeza suficiente en su existencia y exigibilidad; a ello agregamos la previsión del primer inciso del artículo 523, para que quede configurado un título que trae aparejada ejecución.

Para la segunda posición se abre otro camino, consistiendo éste en lograr la inclusión a nivel jurisprudencial de la cláusula penal como título ejecutivo. A tal efecto se hace imprescindible el promover en nuestros jueces e intérpretes, primero, la conciencia de la existencia de deficiencias funcionales introducidas en el instituto que nos ocupa por la ley 17711; segundo, la convicción de la concurrencia de los requisitos necesarios para configurar un título que traiga aparejada ejecución, en la cláusula punitiva pactada.

Pretendemos, así, mantener la vigencia plena de la cláusula penal.

Con ese motivo nos vimos encaminados a demostrar los verdaderos alcances de sus dos funciones, subsistiendo ambas, la resarcitoria, levemente modificada en sus limitaciones, y la compulsiva, ajustada a la definición ya propuesta.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Código Civil de la República Argentina.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17454).

Tratado de derecho civil argentino. Raymundo M. Salvat, anotado por Enrique V. Galli. Ed. Tipográfica Argentina, Bs. As., 1952.

De las obligaciones en general. Alfredo Colmo. Abeledo - Perrot, Bs. As., 1961.

Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil. Luis María Rezzónico. Depalma, Bs. As., 1961.

Tratado de derecho civil. Obligaciones. Jorge Joaquín Llambías. Perrot, Bs. As., 1967. Instituciones de derecho civil procesal. Giuseppe Chiovenda. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Hugo Alsina. Bs. As., 1941.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado. Carlos J. Colombo. Perrot, Bs. As., 1969.

Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las ejecuciones. J. Ramiro Podetti. Ediar, Bs. As., 1968.

Concordancias y comentarios del Código Civil argentino.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Baldomero Llerena. Bs. As., 1902.

Reforma del Código Civil (Proyecto de 1923). Kraft, Bs. As., 1936.

El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas. Lisandro Segovia. Ed. Imprenta de Pablo E. Coni, Bs. As., 1881.

Tratado de derecho civil (según el Tratado de Planiol). Georges Ripert y Jean Boulanger. Ed. La Ley, Bs. As., 1964.