

¿Efectividad de la obligación contenida en una cláusula penal por vía ejecutiva?

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal

Consejero académico de GA_P

En la nota se analiza la posibilidad de reclamar por vía ejecutiva dicha obligación cuando está documentada en un título ejecutivo negocial.

En el presente análisis parto de que, en la mayoría de los casos, la cláusula penal contiene la obligación de pagar una cantidad de dinero que se pacta como sustitutiva del *quantum* de la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento por el deudor de su obligación principal (v. art. 1152 CC), dineraria o no dineraria. Producido este incumplimiento, ¿puede hacerse efectiva la obligación objeto de la cláusula penal por vía ejecutiva?

No ofrece duda que el acreedor podrá acudir al proceso de ejecución después de haber obtenido una sentencia firme de condena al deudor a cumplir esta obligación; y tampoco, que el propio deudor podrá utilizar también esa vía cuando, habiendo entregado éste una suma en concepto de pena pactada, el juez haya moderado su importe en la sentencia al amparo del artículo 1154 del Código Civil (CC) y declarado la procedencia de devolver al deudor la diferencia. Pero en esta nota me centraré en el análisis de los casos en que el acreedor pretende hacer efectiva la obligación (penal) directamente en vía ejecutiva con fundamento en que el documento (negocial) que la contiene es uno de los títulos que tienen reconocida tal eficacia (ejecutiva) en el artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

G A _ P

Para determinar si dicha vía es adecuada, habrá que ver si en el caso que se nos plantee se cumplen los requisitos exigidos por la ley, que son estos tres: 1) que, efectivamente, el documento en que se contiene la obligación lleve aparejada ejecución; 2) que (la obligación) tenga por objeto la entrega de una cantidad de dinero «determinada que exceda de 300 euros: 1.º En dinero efectivo. 2.º En moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente. 3.º En cosa o especie computable en dinero» (art. 520 LEC), y 3) que la obligación sea exigible:

- 1) Es necesario, en primer lugar, que la obligación esté documentada en un título ejecutivo y sólo son tales los reconocidos en el artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en lo que ahora interesa, los previstos en sus números 4.º (escritura pública) y 5.º (póliza de contrato mercantil), que serán los documentos negociales con eficacia ejecutiva en los que normalmente irá documentada una cláusula penal.

No parece que plantee especiales dificultades el cumplimiento de este requisito porque bastará que el documento que contiene la obligación objeto de la cláusula penal —escritura o póliza— cumpla formalmente las exigencias previstas en la ley. No me detendré ahora en su análisis, limitándome a precisar que corresponde al juez su control en el examen que efectúa con carácter previo al despacho de la ejecución (v. art. 551.1 LEC).

- 2) En segundo lugar, la pena debe tener por objeto la entrega de una cantidad de dinero «determinada que exceda de 300 euros», en los términos del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes vistos. Cuando su objeto es una prestación no dineraria (y no parece que sea discutible que puede serlo), la vía ejecutiva directa con base en un título negocial queda excluida y el acreedor deberá acudir al proceso declarativo para obtener un título ejecutivo judicial (sentencia de condena), incluso en aquellos casos en que la obligación principal sea dineraria y el acreedor —por cumplirse los requisitos legalmente exigidos— pueda acudir para su efectividad a la ejecución con base en títulos extrajudiciales.

Tampoco este requisito presenta especiales dificultades. La cantidad de dinero objeto de la pena estará expresada en la cláusula penal y si, como a continuación digo, tal pena se vincula al incumplimiento total del deudor, no será susceptible de moderación judicial, por lo que será una cantidad líquida y determinada.

- 3) Los problemas se plantean con el tercero de los requisitos —la exigibilidad de la obligación— a la hora de determinar si concurre en el caso el incumplimiento por el deudor de su obligación principal, que es el presupuesto de que aquélla (la exigibilidad) nace.

Entiendo que pueden darse los siguientes supuestos:

- a) En primer lugar, si el deudor ha incumplido su obligación principal sólo en parte o ha cumplido defectuosamente (si es que puede darse este tipo de cumplimiento en una

obligación dineraria) y el acreedor limita la reclamación a la cantidad restante y la pena está pactada en el mismo documento, al darse el supuesto para que el juez pueda proceder a la moderación *ex artículo* 1154 del Código Civil no será posible acudir directamente a la vía ejecutiva para su efectividad: primero, porque la cantidad, por cuanto puede ser moderada, no cumple el requisito de la liquidez; y segundo, porque el deudor tiene derecho a ser oído sobre el grado del incumplimiento y sobre la cuantía de la pena, y ello exige una fase previa de cognición en la que rige el principio de igualdad de armas; no existe cauce para prestarle la indicada audiencia en el proceso de ejecución con fundamento en títulos extrajudiciales, por lo que admitir la vía ejecutiva lo colocaría en situación de indefensión. No me parece posible que sea vía adecuada la excepción de pluspetición de los artículos 557.1.º-3.º y 558 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni tampoco que el juez pueda proceder a la moderación de la pena dentro del mismo proceso de ejecución, aunque sea cierto que la jurisprudencia considera que la moderación puede acordarse de oficio (v. la STS de 31 de marzo del 2004, RJ 2004\1956).

- b) En segundo lugar, si, por el contrario, el acreedor pretende reclamar el importe íntegro de la deuda porque considera que el incumplimiento del deudor es total, entiendo que es posible acudir al proceso de ejecución (con base en título negocial) para reclamar conjuntamente la obligación principal y la pena.

Sin duda lo es para reclamar (el importe total de) la obligación principal porque se cumplen los requisitos exigibles, a saber, que se trata de una deuda dineraria de importe determinado superior a 300 euros que se encuentra documentada en un título ejecutivo. Dándose tales requisitos, el legislador faculta al acreedor para acudir al proceso de ejecución sin necesidad de un previo pronunciamiento judicial sobre la existencia de la obligación y su cumplimiento total o parcial, haciendo recaer sobre el deudor la carga de alegar y probar, por medio de la oposición a la ejecución, que ha cumplido total o parcialmente (arts. 557 y 558 LEC). La posibilidad de fundar la ejecución en un título que documenta una obligación que puede discutirse es lo que distingue este tipo de ejecución de la fundada en un título judicial; y de esta diferencia deriva el distinto régimen jurídico de una y otra, en especial, la mayor amplitud que en la primera tiene la oposición que puede formular el deudor.

Y me parece que tampoco existe obstáculo para reclamar conjuntamente por esta vía (ejecutiva) la pena vinculada al incumplimiento total de esa obligación principal porque, en tal caso, está excluida la moderación de la pena por el juez y en nuestro ordenamiento no está previsto que el deudor pueda solicitarla (en estos casos de incumplimiento total); bastará que concurren los requisitos antes vistos para que el cumplimiento pueda ser exigido en vía ejecutiva, sin que en este tipo de ejecución (con base en títulos negociales) sea necesario que el acreedor acredite en la demanda (y documentos que la acompañan) el incumplimiento (total) de la obligación principal que es presupuesto de la aplicación de la pena. Evidentemente, el deudor podrá oponerse a la ejecución por razones

materiales (arts. 557 y 558 LEC) y procesales (art. 559) y si, por la estimación de algún motivo de oposición, se concluye que el incumplimiento de la obligación principal no ha sido total (por ejemplo, se estima la oposición por pluspetición), al darse el supuesto para la moderación de la pena, el acreedor tendrá que acudir al procedimiento ordinario para su efectividad porque el juez no puede acordarla de oficio en el proceso de ejecución.

En cambio, considero que no es posible acudir directamente al proceso de ejecución para hacer efectiva sólo la obligación (dineraria) contenida en la cláusula penal; por ejemplo, porque la obligación principal que se reputa incumplida es no dineraria o, siendo dineraria, el acreedor opta por reclamarla sola (*v. gr.*, en los casos en que está pactada en un documento-título ejecutivo independiente). En tales casos se hace necesario prestar audiencia al deudor sobre el presupuesto de su exigibilidad (el incumplimiento) y, en su caso, sobre la moderación, y para ello es necesario el proceso de declaración.