

EL COBRO DE LA CLAUSULA PENAL POR LA VIA EJECUTIVA

ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ

EL PROBLEMA:

Con alguna frecuencia encontramos que en los contratos, cuando se pacta una cláusula penal, los negociantes suelen agregarle que ella prestará mérito ejecutivo "sin menester de requerimientos ni declaración judicial alguna", con olvido evidente que ese tópico no se halla dentro de la órbita dispositiva de los particulares ya que el Estado se ha reservado la potestad de establecer los procedimientos judiciales y es la ley la única fuente formal de derecho capaz de determinar cuándo un instrumento presta mérito ejecutivo y cuándo no tiene esa virtud.

No pocos dolores de cabeza ha despertado el tema anunciado, tanto a abogados como a jueces; pero el propósito de este escrito no es el de servir de analgésico; por el contrario, puede suscitar mayores controversias, ya que pretendemos extraer a la ley un criterio que nos permita definir en cuáles casos la cláusula penal puede ser cobrada ejecutivamente y en cuáles es indispensable acudir al proceso declarativo (por regla general el ordinario), para su satisfacción.

Pensar, como suele encontrarse en los libelos, que toda cláusula penal puede cobrarse a través de un proceso ejecutivo, es ignorar la naturaleza del mismo. Y afirmar, como también se lee frecuentemente en providencias judiciales, que la cláusula penal es pretensión siempre sin recibo en el proceso ejecutivo, porque la naturaleza de éste no es declarativa, es esbozar una tesis que cae estruendosamente con solo contemplar el art. 492 del C. de P. C., previsor de un trámite incidental para la reducción de la pena. Por lo visto, sí es posible el cobro de la cláusula penal en el proceso ejecutivo; de lo contrario no tendría sentido la entronización de tal incidente; sólo que la naturaleza muy propia de este proceso no permite que quepa en todos los casos.

FUNDAMENTOS BASICOS:

Creemos que para acometer con éxito la tarea de resolver el problema propuesto, es preciso estudiar conjuntamente las normas procesales y las sustanciales, para descubrir entre ellas la debida correspondencia y armonía. En el planteamiento del asunto, vamos a girar en torno a dos tópicos esenciales: la naturaleza del proceso ejecutivo y la naturaleza de la cláusula penal (si es pena o es indemnización de perjuicios pactada por anticipado y la distinción entre pacto por perjuicios moratorios y por compensatorios).

De la cláusula penal podemos decir que hay dos especies de ella, posibles en nuestro derecho, de connotación diversa : a) Como pacto anticipado de perjuicios: esta naturaleza se presume de toda cláusula penal según se desprende de los arts. 1594, 1596 y 1600 del C.C. A su vez, esta especie de cláusula penal admite dos modalidades: la que se

refiere a los perjuicios compensatorios (por la inejecución del contrato) y la que atañe a los perjuicios moratorios; reclamable aún por el simple retardo, pero habiéndose pactado expresamente. Si la cláusula no es expresamente moratoria se entenderá compensatoria, de acuerdo con las reglas del art 1.594 del C.C. (En efecto, la cláusula penal, de acuerdo con este artículo, no puede cobrarse junto con la obligación principal, pues siempre remplace a la no ejecución de ésta: es compensatoria; en los casos en que la cláusula penal compensatoria es de un valor muy bajo, inferior al monto de los perjuicios, el acreedor puede optar por éstos y desechar aquélla, según lo autoriza el artículo 1600, ib.); pero si las partes estipulan expresamente que la cláusula penal se deberá por el simple retardo o, dicho de otra manera, que el pago de la obligación principal no exonera el de la cláusula penal, constituirá cláusula penal moratoria (también en este caso puede el acreedor optar entre cláusula penal o perjuicios, según el art. 1600, ib). Por otra parte está la cláusula penal, entendida como sanción o pena propiamente, naturaleza que nuestro legislador reservó para el evento en que las partes así lo estipulen (art. 1600, ib), caso en el cual puede cobrarse junto con los perjuicios; en esta hipótesis es indispensable también el pacto expreso.

Y en lo tocante con la naturaleza del proceso ejecutivo, es cierto que éste es el que permite a una parte satisfacer materialmente una obligación clara, expresa y exigible a cargo de su demandado y no es un proceso declarativo, ab initio. Como se sabe de sobra, tales obligaciones deben constar en documentos que provengan del deudor -o su causante- y deben tener la categoría de prueba plena. De ahí que de los dominios del mandamiento ejecutivo estén proscritas las resoluciones declarativas de derechos; por tanto, aquí no caben discusiones probatorias o evaluación de medios de convicción distintos al título ejecutivo, el cual ha de ser tan indiscutible que de su sola presencia dimanar naturalmente el mandato de solución. No es el auto que ordena el pago, por consiguiente, la coyuntura adecuada para que se determine si un contratante ha ejecutado o no determinadas prestaciones y si, en consecuencia, debe o no una cláusula penal, ni pueden las partes, con una convención entre ellas, dar al juez tal poder declarativo para el mandamiento de pago que nunca le ha dado la ley.

EL CRITERIO PROPUESTO:

Teniendo presentes estos dos elementos, tanto la naturaleza de los pleitos de ejecución como la de la cláusula penal, podemos determinar cuándo es y cuándo no es posible cobrar ésta en un juicio ejecutivo, pues no queremos decir con el párrafo anterior que la cláusula penal nunca pueda cobrarse en esta clase de procesos, ya que lo que ocurre en verdad es que unas veces lo es y otras no. Si bien es cierto que el proceso ejecutivo no es útil para obtener la declaratoria de unos derechos inciertos, no por ello se excluye de él el cobro de la cláusula penal.

Al quedar claro que sí puede cobrarse, es necesario determinar cuándo. Sobre el particular, hemos encontrado que puede estructurarse un criterio según la siguiente ilación: No puede perderse de vista que el código de procedimiento civil permite el cobro de perjuicios estimados unilateralmente bajo juramento en los artículos 493 (moratorios), 494 (compensatorios), 495 (compensatorios), 499.1, 499.2 y 499.3 (moratorios), 499.3

(compensatorios), 500.1 (moratorios), 500.3 (compensatorios), 501.1 (moratorios), 502.1 (moratorios) y 502.3 (compensatorios). En tales casos, la estimación unilateral de perjuicios podrá ser controvertida en los términos del artículo 506, ib. Tal visión panorámica nos induce a pensar que, si la ley permite el cobro de perjuicios estimados unilateralmente bajo juramento, con mayor razón será viable el cobro de aquellos perjuicios que ambas partes han mensurado por convenio.

Siguiendo la orientación de las normas citadas, en armonía con la naturaleza del proceso ejecutivo, la cláusula penal será ejecutable, en los casos en que, en idénticas circunstancias, la ley permite el reclamo coercitivo de perjuicios. Veamos: como con el proceso ejecutivo se persigue el cumplimiento, por regla general queda excluida de esta solución procesal la cláusula penal equivalente a perjuicios compensatorios (ya que, aún en caso de mora, no puede cobrarse la prestación principal junto con la cláusula penal), salvo que se trate de obligaciones de no hacer (art. 494) u obligaciones de dar bienes muebles distintos de dinero o de ejecutar o no ejecutar un hecho (art.495 -norma general-) u obligaciones de hacer (art. 500.3), pues en estos casos sería de recibo, en subsidio - y sólo en subsidio-, de la destrucción de lo hecho, en el primer ejemplo, o de la inejecución, en los otros dos. Para el caso de las obligaciones de hacer consistentes en suscribir documentos (art. 501, ib), la ejecución por perjuicios compensatorios es viable (y en consecuencia lo es la cláusula penal compensatoria) en subsidio de la obligación principal con apoyo en la norma genérica del art. 495, ib, puesto que el art. 501 no la menciona. En sentencia de julio 10 de 1992 y en auto del 24 de julio del mismo año, el Tribunal de Bucaramanga llegó a idéntica conclusión: el cobro de perjuicios compensatorios por la vía ejecutiva sólo es viable como pretensión subsidiaria; el demandante para ello debe optar por el cumplimiento, en los términos del artículo 1546 del C. C. y en subsidio pedir, estimados bajo juramento, los perjuicios que le fueron irrogados -o reclamar la cláusula penal compensatoria-. Pero ni aquéllos ni ésta pueden cobrarse como pretensión principal, pues implicaría que el juez tendría que proferir una condena en el auto de mandamiento ejecutivo.

Por su parte, la cláusula penal pactada expresamente como moratoria o por el simple retardo y que, por tanto, puede aparejarse a la obligación principal, es susceptible de cobro mediante proceso ejecutivo en los casos y en la medida en que el legislador admita también el cobro de perjuicios moratorios: en obligaciones de dar cosa mueble distinta de dinero (art. 493 y 499, ib), en obligaciones de hacer (500.1 y 500.3, ib.) y en obligaciones de no hacer (502.1, ib.).

Nótese que el legislador, aunque sigue la milenaria clasificación de las obligaciones (dar, hacer y no hacer), aísla la obligación dineraria. Tal tratamiento es evidente en los arts. 495 y 499, en los cuales expresamente la excluye; además, en los arts. 491 y 498 no se contempla el cobro de perjuicios, ni moratorios ni compensatorios, puesto que los perjuicios por la mora en el pago de sumas de dinero no son otros que los intereses moratorios (art. 1617 del C.C.) y casos hay en los que la cláusula penal podría ser ilegal. (Como cuando con ella se disfrazan unos intereses moratorios exorbitantes). Sin embargo, también puede darse el evento en que un acreedor tenga derecho a reclamar la cifra dineraria junto con intereses de mora más perjuicios (o cláusula penal o ambos

rubros, si así se pactó); en tales hipótesis podrá ejecutar por aquélla (la prestación principal e intereses moratorios), mas no por ésta (perjuicios o cláusula penal) ya que para ésta requiere de una declaración judicial condenatoria en contra de su reclamado: deberá acudir, previamente, al proceso declarativo. Mientras no se reconozca en una sentencia esta cláusula penal no será ni clara ni exigible.

SUMMA:

En resumen, como la cláusula penal es por regla general una estimación anticipada de perjuicios, el único criterio que nos orienta hacia saber cuándo es susceptible de cobrarse por la vía ejecutiva es el que viene marcado por la naturaleza de la cláusula: en los eventos -ya indicados atrás- en que la ley permite cobrar ejecutivamente los perjuicios, compensatorios o moratorios, en ellos será posible el cobro de la cláusula penal compensatoria o moratoria, respectivamente, bajo el resorte de tal especie de proceso. En los demás es preciso acudir al proceso declarativo, pues en todos ellos es necesario que el juez haga una valoración probatoria para proferir una condena, lo cual es actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo, más particularmente, al auto de mandamiento de pago.

El pensamiento de la Sala Civil del Tribunal de Bucaramanga se ha enrubado por estos senderos; pueden consultarse al respecto las siguientes providencias: auto de enero 25 de 1990 y, particularmente, el de octubre 13 de 1992. En esta última, el Tribunal acogió el criterio que hemos esbozado en los párrafos precedentes. No creemos por ello que se trate de una tesis incuestionable; solo hemos procurado contribuir con un grano de arena en los objetivos de la revista de nuestra facultad: incentivar el afán de estudio e investigación de temas jurídicos en sus estamentos.

FACULTAD
DE
DERECHO

A

REA DE DERECHO PENAL

T E M A S
SOCIO-JURIDICOS