

INVESTIGACIÓN PROFESORAL

"Un Tratado de Derecho de los Contratos"

LA CLÁUSULA PENAL

SANDRA LILIANA CEPEDA ANDRADE

NADIA CONSTANZA FORERO TAPIERO

Monografía para optar por el título de Abogadas.

Investigador

EDUARDO DEVIS-MORALES

Abogado

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

2002.

Nota de Aceptación

Presidente del jurado .

Jurado .

Jurado .

Bogotá, 10 de Julio de 2002.

AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan su agradecimiento a:

EDUARDO DEVIS-MORALES, Doctor en Derecho, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, y Director del Trabajo de Investigación.

CLAUDIA HELENA FORERO, Abogada, Directora Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

MIGUEL DE JESUS NIÑO, Doctor en Derecho, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

LA UNIVERSIDAD DE LA SABANA.

CONTENIDO

	pág
INTRODUCCIÓN	
CAPITULO I.	12
ORIGEN LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO ROMANO.....	12
1. Noción y naturaleza jurídica de la <i>stipulatio poenae</i>	14
1.1. Noción de la <i>Stipulatio Poenae</i>	14
1.2. Naturaleza Jurídica de la <i>Stipulatio Poenae</i>	15
2. Funciones de la <i>stipulatio poenae</i>	16
3. Clases de <i>stipulatio poenae</i>	17
3.1. Pena Independiente o <i>Stipulatio Poenae</i> Impropia.....	17
3.2. <i>Stipulatio Poenae</i> Propia.....	18
3.3. Diferencias entre la <i>Stipulatio Poenae</i> Propia e impropia.....	18
4. Cuando se debe la pena.....	18
4.1. Consecuencias de las Inejecuciones.....	19
4.2. Caso Fortuito y Fuerza Mayor.....	19
4.3. El dolo.....	20
4.4. La culpa.....	21
4.5. La mora.....	22

4.5.1. La mora <i>debitoris</i>	23
4.5.2. La mora <i>creditoris</i> o mora <i>in accipiendo</i>	24
5. Utilidad de la <i>stipualtio poenae</i>	25
CAPITULO II.....	26
NATURALEZA JURIDICA DE LA CLÁUSULA PENAL.....	26
2. La cláusula penal como sanción.....	28
3. La cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios.....	32
3.1. La cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios moratorios.....	33
3.2. La cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios compensatorios.....	37
CAPITULO III.....	48
ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL.....	48
1. Sujetos Obligados.....	48
1.1. Capacidad.....	50
1.2. Manifestación de la Voluntad.....	50
2 Objeto.....	51
2.1. Licitud del Objeto.....	53
2.2. Posibilidad del Objeto.....	54
2.3. Determinación del Objeto.....	54
3. Forma.....	55
4. Elementos Accidentales.....	56

CAPITULO IV.....	58
CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA PENAL.....	58
1. Accesoriedad.....	58
1.1. Consecuencias de la Accesoriedad.....	60
1.1.1. La inexistencia de la Obligación Principal.....	60
1.1.2. La Nulidad de la Oligación Principal.....	60
1.1.3. La Nulidad de la Cláusula Penal.....	71
1.1.4. La extinción de la Cláusula Penal.....	71
2. Es un negocio juridico Unilateral.....	73
3. Es Condicional.....	75
4. Es Independiente.....	76
5. Es Subsidiaria.....	77
CAPITULO V.....	78
LA CLÁUSULA PENAL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.....	78
1. Similatudes entre la regulación Civil y la Comercial de la Cláusula Penal.....	80
2. Diferencia entre la regulación civil y la comercial de la cláusula Penal.....	81
CAPITULO VI.....	84
MODALIDADES DE LA CLÁUSULA PENAL.....	84

1.	Cláusula penal Compensatoria.....	85
2.	Cláusula penal Moratoria.....	93
2.1.	La Exigibilidad.....	96
2.1.1.	La Mora.....	96
2.1.2.	La Culpa.....	101
3.	La Cláusula Penal Punitiva.....	105
 CAPITULO VII.....		116
COMPARACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL CON OTRAS FIGURAS		
AFINES.....		116
1.	Con las Obligaciones Alternativas.....	116
2.	Con las Obligaciones Facultativas.....	119
3.	Con la Fianza.....	121
4.	Con la Obligación Condicional.....	123
5.	Con las Arras.....	128
 CAPITULO VIII.....		137
REDUCCIÓN DE LA PENA.....		137
1.	Reducción de la Pena por pago parcial de la obligación principal.....	138
2.	Reducción de la Pena por la cláusula penal Enorme.....	143
3.	En los contratos Conmutativos.....	145
3.1.	Reducción de la Pena en el Código Civil.....	145
3.2.	Reducción de la Pena en el Código de Comercio.....	150

3.3.	Reducción de la Pena cuando se exige a la vez la pena y la obligación principal.....	152
4.	En el Mutuo.....	153
5.	En la obligación de valor indeterminado.....	162

CAPITULO IX.....

LA CLÁUSULA PENAL EN DERECHO CHILENO.....

1.	Naturaleza Jurídica de la Cláusula Penal	
2.	Elementos de la Cláusula Penal.....	
3.	Características de la Cláusula Penal.....	
4.	Reducción de la Pena.....	

CAPITULO X.....164

EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.....164

1.	Extinción por vía Consecuencial.....	164
1.1.	El Pago.....	165
1.2.	La Novación.....	166
1.3.	La Compensación.....	169
1.4.	La Remisión.....	169
1.5.	La Confusión.....	170
1.6.	La Imposibilidad de Ejecución.....	170
1.7.	La Anulación.....	173
1.8.	La Prescripción.....	173

2.	Extinción por Vía Principal.....	174
2.1.	Remisión de la Pena.....	175
2.2.	El Mutuo Disenso.....	175
	CONCLUSIONES.....	177
	BIBLIOGRAFIA.....	182

INTRODUCCIÓN

El derecho es un instrumento social que está siempre cambiando de acuerdo al desarrollo que tienen las relaciones humanas. Por eso, cualquier norma jurídica tiene como sustento una necesidad práctica en el tráfico comercial o civil en el que se desenvuelven estas relaciones.

La cláusula penal tiene pleno desarrollo, alcance y efectos dentro del derecho positivo. Sin embargo, es un instrumento que emerge de la autonomía de la voluntad de los particulares al regular y precisar anticipadamente los efectos propios del incumplimiento de sus obligaciones, lo cual hacen siempre bajo los parámetros de la ley.

Este trabajo tiene por objeto realizar una descripción de la cláusula penal, mostrando su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano, en el derecho chileno y en la jurisprudencia nacional, como parte de una investigación profesoral.

Tomamos como base para el estudio de su naturaleza jurídica uno de los temas que mayor desarrollo ha tenido en el ámbito jurídico: el incumplimiento, por derivarse de él la responsabilidad civil contractual de la cual, a su vez, se estructura la cláusula penal y sus diferentes modalidades jurídicas. En efecto, la

cláusula penal es útil al derecho porque le permite desarrollar el carácter de coactividad que le es propio, procurando el cumplimiento de las obligaciones mediante el constreñimiento al deudor para su cabal cumplimiento y porque agiliza la actividad del Estado que se ha accionado con el soslayamiento de los deberes contractuales.

El Código Civil Colombiano -que en esta determinada materia recoge la tradición legal del derecho romano y del código civil de Napoleón -, regula la cláusula penal en el Libro Cuarto, al tratar las obligaciones en general y de los contratos, y concretamente se refiere a ella al hacer mención de las diversas especies de obligaciones, regulándola expresamente en el Título Once, como las obligaciones con cláusula penal.

Su ubicación en este lugar del texto que disciplina la materia a la cual pertenece, sirve de parámetro para determinar la naturaleza de la institución que se va a desarrollar en este trabajo. En efecto, el sistema que el Código plantea le reconoce a las obligaciones con cláusula penal un tratamiento determinado y específico, sin que ello quiera decir que se trate de una clase especial de obligaciones .

En efecto, cualquier vínculo obligacional puede ser afectado con una cláusula penal sin que esto afecte la esencia de la obligación principal. Sostener tal

postura nos llevaría a tener que considerar jurídicamente a las obligaciones alternativas, facultativas y condicionales como clases especiales de obligaciones.

Para adentrarnos en el estudio de la cláusula penal se debe tener en cuenta el carácter ontológico de la pena que, como ya se dijo, se basa en la responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, por lo cual la cláusula penal no debe ser entendida como un tipo de afectación de las obligaciones (como una obligación suspensiva), pues la constituiría para su estudio en una obligación modal, perdiendo las características que identifican su naturaleza jurídica.

Las diferentes posturas de la doctrina respecto a la naturaleza de la institución que se estudiará en éste trabajo, están sujetos al sistema que adoptó el cuerpo legislativo que la desarrolla. De esta manera, al incluirse la cláusula penal dentro de las medidas de garantía, se está destacando el carácter esencial de medida cautelar que se le atribuye.

Alguna parte de la doctrina concibe la pena como una sanción civil establecida por el derecho para el caso de que los particulares violen una regla jurídica: el cumplimiento de las obligaciones. Esta sanción se fundamenta en la posibilidad del derecho de establecer situaciones jurídicas particulares que imponen normas de conducta social o individual a las personas, es decir, que todo sujeto de derecho se encuentra necesariamente bajo una situación jurídica de carácter

legal, judicial o contractual, que le impone un deber de imperativo cumplimiento. El quebrantamiento de esta situación jurídica da lugar a una sanción para el sujeto infractor.

Otro criterio doctrinario concibe a la cláusula penal como una simple forma convencional de estimar anticipadamente los daños y perjuicios que se causan por el incumplimiento de la obligación principal; esta postura es desarrollada principalmente por la legislación francesa y, evidentemente, es la más útil por los beneficios procesales que trae.

En la legislación colombiana la cláusula penal puede ser usada por los contratantes de acuerdo a sus necesidades, con lo cual se resalta la riqueza de esta institución y su importancia en el tráfico jurídico, razón por la cual se hace vital este estudio.

CAPITULO I

LA CLAUSULA PENAL EN EL DERECHO ROMANO.

El aporte de los romanos al derecho actual, ha hecho que en cada estudio que se realice sobre el derecho civil, se tomen como punto de partida las enseñanzas dejadas por ellos, las cuales fueron el fundamento de la ciencia jurídica Romano-Germánica. El desarrollo del derecho civil es la consecuencia de las soluciones que se les daba a las situaciones de la vida diaria, respondiendo, de esta forma, a las necesidades de la sociedad Romana.

Según Carlos Medellín¹, “La época del *ius civile* o el *ius quiritium* comienza en el año de 754 antes de Cristo, y llega hasta la segunda guerra púnica. El *ius civile* se cifra en un conjunto de normas consuetudinarias de carácter rígido, formalista y simple, y sobre la Ley de las Doce Tablas. La actividad jurisprudencial llega a tal punto, que los mismos romanos identifican el *ius civile* con la interpretación”.

“Esta fue la época de oro del derecho romano, en la cual se dio nacimiento a nuevas instituciones del derecho, como lo es la *stipulatio poenae*”.

¹ MEDELLÍN, Carlos. Lecciones de Derecho Romano. Decimotercera Edición. Bogotá: Editorial Temis. Pág. 11-12

Si el deudor no ejecutaba la obligación por culpa o dolo, debía indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios sufridos por la inejecución de la obligación principal.

“La *stipulatio* era un negocio eminentemente formal que se estructuraba a través de una pregunta solemne que, con determinadas palabras, realizaba el acreedor *stipulante* al deudor promitente y a la que éste respondía con la palabra *spondeo*. La *stipulatio* procedía en la práctica de un acuerdo entre las partes”.²

En Roma no se conocía la ejecución forzosa de las obligaciones en forma específica, rigiendo el principio de la *condenatio pecuniae*.

“La *stipulatio poenae* sirvió primeramente para compeler al deudor en obligaciones que eran consideradas insuceptibles de ejecución forzada, y para pasar por alto el criterio que inhibía al juez de fijar el monto indemnizatorio cuando la obligación no consistiera en dar sumas de dinero”.³

² MAS BADIA, Maria Dolores. Revisión Judicial de las Cláusulas Penales. Apéndices Cronológico y Sistemático de Jurisprudencia. Valencia. Editorial, Tirant Monografías. 1995. Pág. 22.

³ ALTERINI, Atilio Aníbal. AMEAL, Oscar José. Derecho de la Obligaciones y Civiles Comerciales. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1998. Pág. 305.

1. Noción y Naturaleza Jurídica

1.1. Noción de la *Stipulatio Poenae*.

En el derecho romano, diferentes autores han definido la figura de la *stipulatio poenae*, como una pena que establecen las partes por el incumplimiento de una obligación principal.

Es así como, Carlos Medellín define la *stipulatio poenae*, como “la estimación convencional de los perjuicios, que al acreedor se causaran, en caso de incumplimiento de la obligación o mora del deudor”.⁴

No es muy diferente la definición dada por Juan Iglesias⁵, el cual define la *stipulatio poenae*, “ como la promesa de verificar una prestación -por lo general el pago de una suma de dinero - en el caso de incumplir una obligación”.

Eugen Petit, establece que “ la *stipulatio poenae* tiene por objeto obligar al deudor a pagar al acreedor una cantidad determinada, para el caso en que la prestación debida no fuere efectuada al vencimiento”⁶.

⁴ MEDELLÍN. Op.Cit. Pág. 182.

⁵ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Octava Edición. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. Pág. 526.

Como hemos visto, la definición de la *stipulatio poenae* es similar a la noción vigente en Colombia sobre la cláusula penal, en la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación (Art. 625. C.C.).

1.2. Naturaleza Jurídica de la *Stipulatio Poenae*.

Algunos autores, como Lacruz, consideran que “la *stipulatio poenae* no es una obligación accesoria, sino una obligación condicional, por estar sujeta a la siguiente condición: si el deudor no ejecuta la obligación o si no la ejecuta en el tiempo convenido, se hace exigible la pena.

“Señala Lacruz que en el derecho romano clásico, la *stipulatio poenae* no era propiamente una obligación accesoria sino condicional, sometida al evento futuro e incierto de incumplirse otra obligación de cualquier clase y naturaleza, e incluso una obligación natural, ineficaz e inválida”.⁷

Esta concepción condicional de la *stipulatio poenae* traía una serie de consecuencias, dentro del ámbito del desarrollo comercial del derecho, en cuanto

⁶ PETIT, Eugen. Tratado Elemental del Derecho Romano. Buenos Aires, Editorial Albatros. 1982. Pág. 612.

⁷ LACRUZ. Elementos del Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Volumen I. Barcelona, Editorial Bosch S.A. 1988.

a la validez de la obligación principal, es decir, que si la obligación que le daba nacimiento a la *stipulatio poenae* era nula, la *stipulatio poenae* era independiente de ella y, por la rigidez que imperaba en el derecho romano, la hacía de estricto cumplimiento. Si el deudor cumplía parcialmente su obligación no había la posibilidad de exonerarse del cumplimiento total de la pena.

2. Funciones de la *Stipulatio Poenae*.

María Dolores Mas Badía⁸ nos describe las funciones que se le daba a la *stipulatio poenae*, en la antigua Roma.

a). “ La pena podía servir para reforzar una obligación plenamente eficaz, constriñendo al deudor al cumplimiento ante el temor de pagar la pena.

b). “ La determinación preventiva de los daños y perjuicios en aquellas obligaciones que no tenían por objeto una suma determinada de dinero, evitando la fijación judicial de los daños, imposible, ya que correspondía al deudor la carga de la prueba de su existencia y cuantía”.

Como vemos, las funciones que se le daba a la *stipulatio poenae*, son similares a las establecidas en el ordenamiento jurídico moderno, las cuales veremos con más detenimiento en capítulos posteriores.

3 Clases de *Stipulatio Poenae*.

El derecho romano dividía la *stipulatio poenae* en dos instituciones, de las cuales sólo una equivaldría a la cláusula penal en el derecho moderno.

3.1 Pena independiente o *stipulatio poenae* impropia.

“Se trata de una obligación sujeta a una condición suspensiva, exigible desde el cumplimiento del hecho condicionante, y con el alcance de que sólo el acreedor podía reclamar la pena, pues su deudor no estaba obligado a cumplir obligación alguna. Un ejemplo de esta clase de *stipulatio* es la promesa de dar 100 si no se entrega el fundo, esto no quiere decir que se haya asumido la obligación de entregar el fundo”.⁹

Este tipo de estipulación equivale a una estipulación ordinaria, independiente de otra obligación, la cual no garantiza el cumplimiento de otra obligación, es decir, de una obligación principal. Tampoco su validez depende de la validez que pueda tener la otra obligación.

⁸ *Ibíd.* Pág. 22-23.

⁹ ALTERINI. *Op.Cit.* Pág. 305.

3.2. *Stipulatio Poenae Propia*

“La formula debía contener una estipulación principal y una pena para el caso de incumplimiento. Por ejemplo, si alguno estipula que se hará una venta, deberá añadir, que, si no se hace la venta, respondes tú de darme diez sueldos de oro a título de pena”.¹⁰

Equivale a la cláusula penal del derecho moderno, en la cual la *stipulatio poenae*, es una obligación accesoria, cuya validez depende de la validez de la obligación principal.

La *stipulatio poenae* comenzará a hacerse exigible desde el momento en que el deudor incumpla con la obligación principal.

3.3. Diferencias entre la *stipulatio poenae propia* y la *impropia*.

Peirano Facio¹¹, establece la diferencia en los siguientes términos: “la *stipulatio poenae propia* exige siempre una obligación principal de la que ella depende, en tanto que la convención impropia subsiste por ella misma”.

¹⁰ ALTERINI. Op.Cit. Pág. 305.

4. Cuándo se debe la Pena.

En principio, el acreedor puede, a su elección, exigir el cumplimiento de la obligación principal o puede pedir la pena, y así, obtener el resarcimiento por daños y perjuicios causados por el incumplimiento del deudor. Pero no puede pedir simultáneamente la ejecución de la obligación principal y la de la pena.

4.1. Consecuencia de la inejecución de las obligaciones.

Cuando el deudor no ejecutaba la obligación principal, por su culpa o dolo, debía indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios que, a consecuencia de la no-ejecución, causara al acreedor.

La *stipulatio poenae* liberaba al acreedor de la obligación de probar los daños y perjuicios que le ocasionó el incumplimiento del deudor, así que no tenía que ir ante el *pretor* y probar los perjuicios para que los estimara.

¹¹ PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Segunda edición. Bogotá. Editorial Temis S.A. 1983. Pág. 26.

4.2. Caso Fortuito y Fuerza Mayor.

El hecho de la naturaleza o el hecho de un tercero, que son independientes a la voluntad del deudor, y que hacen imposible el cumplimiento de la obligación, exoneran al deudor de ejecutar la obligación a la que se había comprometido.

Algunos autores, como Carlos Medellín, definen el caso fortuito como, “todo hecho imprevisto e independiente de la voluntad del deudor, que trae como consecuencia la imposibilidad de cumplir la obligación. Si este hecho era de tal naturaleza que el deudor no pudiera resistirlo, se denominaba fuerza mayor”.¹²

En el derecho romano imperó el principio general de que el deudor quedaba libre de su obligación en el caso que se presentara el caso fortuito o la fuerza mayor, al igual que lo establece nuestro código civil. No obstante, el convenio de las partes, hace que se modifique esta regla general, cuando el deudor se obliga más allá del caso fortuito y de la fuerza mayor. Es decir, que asume la obligación, asegurando el cumplimiento sin ninguna forma de exonerarse.

En Roma, como en Colombia, era necesario para el que los alega, probar el caso fortuito y la fuerza mayor,(Art. 64 C.C.).

4.3. El Dolo.

“El dolo consiste en actos u omisiones que llevan en sí la intención de causar un perjuicio al acreedor y proceden como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Es elemento esencial del dolo la intención de querer causar daño al acreedor”.¹³

Son aquellas maquinaciones fraudulentas, por parte del deudor, encaminadas a causar daño al acreedor, daño que se deriva del incumplimiento de la obligación. Ningún deudor queda libre de la obligación si su incumplimiento proviene de su propio dolo. Al contrario de lo establecido en el caso fortuito y la fuerza mayor, no le es dable al deudor convenir que se exonera de la responsabilidad que cause su propio dolo.

Así como lo establecían los romanos, nosotros aceptamos la condonación del dolo, cuando está se ha hecho expresamente, y establece el mismo principio acerca de la invalidez de la condonación del dolo futuro. (Art. 1522 C.C).

El dolo no se presume; por lo tanto, para que el acreedor pueda hacerlo valer, es necesario que lo pruebe.

¹² MEDELLÍN. Op.Cit. Pág. 167.

¹³ MEDELLÍN. Op.Cit. Pág. 168.

4.4. La Culpa.

“La culpa es todo acto u omisión del deudor que, sin llevar en sí la intención de causar perjuicio al acreedor, produce, sin embargo, el incumplimiento de la obligación por no poderse satisfacer el objeto propio de ella”.¹⁴

Es el hecho atribuible al deudor, que causa el incumplimiento de la obligación, que se hace sin la intención de perjudicar al acreedor.

En el derecho romano se ha considerado la culpa en dos grados diferentes:

La culpa grave o lata, era aquel hecho u omisión en que no incurrían ni aún las personas más negligentes y descuidadas o, como lo define nuestro código civil en el artículo 63, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

El deudor siempre responde por la culpa grave o lata, que se asimila, en sus efectos, al dolo, sin poder eximirse de la responsabilidad que ésta significaba.

¹⁴ MEDELLÍN. Op.Cit. Pág. 169.

La culpa leve es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, es decir, con el mismo cuidado con el que debe administrar un buen *pater familia*.

4.5. La Mora

En el derecho romano se aplicaba la mora, en el caso en que alguna de las partes, bien sea el deudor o el acreedor, se retardara en el cumplimiento de la obligación. Se maneja dos clases de mora, *la mora debitoris* y *la mora creditoris*.

4.5.1. La mora *debitoris*.

El deudor incurre en mora cuando no cumple en tiempo oportuno y por causa que le es imputable, la prestación debida. Es un retardo injustificado del deudor en cumplir con la obligación.

Carlos Medellín¹⁵ “distingue tres elementos necesarios para la constitución de la mora en el derecho romano, los cuales son los siguientes:

1. “Que la obligación sea exigible. Si la obligación era a plazo o bajo condición suspensiva, debía terminarse el plazo o cumplirse con la obligación.

2. “Que hubiera culpa o dolo por parte del deudor. Si el retardo se debía a caso fortuito o a fuerza mayor, no podía decirse que el deudor incurría en mora. Claro está que el deudor, cuando incurre en mora, soporta el riesgo por caso fortuito y fuerza mayor, es decir, que estaría bajo su responsabilidad por la mora, y no tendría derecho a exonerarse de ésta. Los romanos establecieron una limitación a este precepto, a favor del deudor. Si éste probara que el caso fortuito o la fuerza mayor habrían sobrevenido igualmente, aún habiendo ido la cosa a poder del acreedor por cumplimiento oportuno de la obligación, se volvía a la regla general de la liberación del deudor. Cuando se trataba de obligaciones dinerarias, no se aplicaba este principio por decirse que el dinero, era una cosa de genero.

3. “Que hubiera *interpellatio*. Es el requerimiento que debía hacer el acreedor al deudor para que cumpliera con la obligación “.

“Con respecto al último requisito, exigido para la constitución en mora, Carlos Medellín está en desacuerdo con lo citado por Juan Iglesias, en las obligaciones a término, el cual piensa que la *interpellatio* no es un presupuesto necesario de la mora, sino algo que sirve para decidir en terreno de la prueba, la responsabilidad del deudor”.¹⁶

¹⁵ MEDELLÍN. Op.Cit. Pág. 173-174.

¹⁶ IGLESIAS. Op.Cit Pág. 518.

4.5.2. La mora *creditoris* o *mora in accipiendo*.

Tiene lugar cuando el acreedor rechaza, sin justa causa, la oferta de pago íntegro y efectivo, que le hace el deudor, debía resultar de la mora o del dolo del acreedor, como es claro no podía producirse por fuerza mayor o por caso fortuito.

“Rechazada así la oferta, y siempre que se trate de cosa específica, el deudor sólo responde de la pérdida de ésta en el caso de dolo. Cuando la deuda es dineraria, y el deudor la ofrece en público, queda exento de riesgo así como la eventual obligación de pagar intereses. El acreedor puede ser también responsable por los daños y perjuicios que pueda ocasionarle al deudor, por no haber aceptado la oferta en el tiempo que éste la hizo”.¹⁷

5 Utilidad de la *Stipulatio Poenae*.

Se empleaba la *stipulatio poenae* con el fin de que el deudor, forzado por la amenaza de la pena, cumpliera la obligación principal asumida. Pero, se utilizaba también para fijar de antemano la responsabilidad del deudor a la hora del incumplimiento y que, de otro modo, quedaría incierta hasta que el *pretor* pronunciase la condena.

Cuando la obligación principal es dineraria, la *stipulatio poenae* aseguraba su ejecución pues, si el deudor no ejecutaba voluntariamente lo que había prometido, incurriría en la pena estipulada.

Sirvió para dotar de sanción jurídica a aquellas *stipulatio* a las cuales el ordenamiento jurídico no reconocía ninguna tutela. Es decir, que con la *stipulatio poenae* trataba de garantizar el efecto a las obligaciones que de otro modo serían incoercibles.

¹⁷ IGLESIAS. Op.Cit. Pág. 519.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA CLÁUSULA PENAL.

El ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 1592 del Código Civil, define la cláusula penal como *"aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal"*.

Del texto de este artículo pareciera destacarse el carácter de garantía de la cláusula penal. Es decir, que se dirige a asegurar el cumplimiento de la obligación principal.

Este carácter de garantía haría que la cláusula penal se constituyera en una amenaza para el deudor, en el caso de un eventual incumplimiento de sus deberes contractuales.

Pero, la cláusula penal no constituye una verdadera garantía para el acreedor, porque no asegura el cumplimiento de la obligación principal, ya que no afecta de manera directa el patrimonio del deudor, ni constituye la afectación del bien que asegure su crédito, como lo serían la prenda, la hipoteca y la fianza.

Una verdadera garantía serían las contenidas en el artículo 65 del Código Civil, *"La caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la*

seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de la caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

La fianza, la hipoteca y la prenda, le dan la confianza al acreedor al comprometer el patrimonio del deudor, o el patrimonio de un tercero para respaldar una obligación contraída por el primero.

Ospina Fernández, ¹⁸“ la función de garantía que esta llamada a cumplir la cláusula penal solo se ofrece cuando la pena se estipula a cargo de un tercero, pues entonces el acreedor tiene la alternativa de hacer efectiva la obligación principal sobre el patrimonio del deudor o de exigirle la pena a dicho tercero garante. Por el contrario, cuando es el mismo deudor quien debe responder de ambas obligaciones, la función de garantía atribuida a la cláusula penal no pasa de ser meramente teórica, como quiera que si este carece de bienes suficientes para pagar la obligación principal, en nada se mejora la situación del acreedor con la estipulación de una pena que igualmente ha de hacerse efectiva sobre esos bienes insuficientes”.

Nos atreveríamos a pensar que para lo que el tratadista Ospina Fernández es la función garantía en la cláusula penal y que, solo se ve reflejada cuando hay la intervención de un tercero, es similar a lo que conocemos como fianza en la cual

¹⁸ OSPINA FERNÁNDEZ. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Cuarta edición. Bogota: Editorial Temis, S.A. 1987. Pág. 144.

un tercero, el fiador responde por una obligación ajena en caso de incumplimiento del deudor, con su propio patrimonio.

“ La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple” Art. 2361. C.C.

Es claro para nosotros, como para el tratadista que de otra forma no hay una garantía en la cláusula penal, ya que no provee ninguna protección al acreedor frente al deudor incumplido.

El Jurista Colombiano Perilla Castro¹⁹, aborda el tema de la siguiente manera “ la expresión recogida en el artículo 1592 C.C., según la cual (la pena busca asegurar el cumplimiento), abre las puertas a la función de garantía. Pero no es aceptado este calificativo, pues ante un incumplimiento grave del deudor, la pena dificulta aun más el pago antes que facilitarlo, lo que si hace una garantía.

“una verdadera garantía consiste en la vinculación de otro patrimonio al cumplimiento de la obligación, o la afectación de un bien determinado a este propósito”.

La hipoteca y la prenda son garantías que recaen sobre bienes inmuebles y muebles, lo cuales le dan al acreedor la seguridad del pago de la obligación del deudor.

No es dable, por tanto, considerar que la cláusula penal asegura el cumplimiento de la obligación principal: una vez se encuentre incumplido el deudor, el acreedor no puede hacer efectiva fácilmente la prestación que se le debe.

Como hemos visto, no es aceptable el carácter de garantía de la cláusula penal, ya que su esquema propio es la continua coacción que ejerce la pena, que estimula al deudor a cumplir.

El temor del deudor de ver agravada su situación por la imposición de la pena, lo induce a buscar la prestación para su acreedor, para así evitar el pago de la pena.

Ospina Fernández²⁰ define esta característica de apremio como "la presión que amenaza la pena y se ejerce sobre la voluntad del deudor, induciéndolo a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en ella".

¹⁹ PERILLA CASRO. Carlos Andrés. Cláusula Penal. En: Revista de Investigación y Análisis de la facultad de jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Temas Jurídicos Número 11. Santafé de Bogotá. Septiembre de 1997. Pág. 75.

²⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Op.Cit. Pág. 194.

“De la definición legal podemos inferir la característica accesoria de la cláusula penal, que indica que la pena es objeto diferente de la obligación principal. (Art. 1592). La causa de la estipulación penal es la de sancionar el incumplimiento de una obligación principal, de donde surge un vínculo de dependencia entre la obligación principal y la pena (Art.1593) *“la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de esta no acarrea la de la obligación principal.”* Podemos decir, entonces, que la cláusula penal es una estipulación accidental de los contratos”.

Uribe-Holguín²¹, censura el artículo 1594 por “omitir la posibilidad de que la prestación consista en una obligación de no hacer, omisión que se subsana, si entendemos este artículo en concordancia con el artículo 1595 C.C, que en su inciso final establece que, si se trata de una obligación negativa, se debe la pena desde que se ejecuta el hecho”.

A continuación destacamos aún más como la doctrina y la jurisprudencia no tienen una posición unificada acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula penal.

1. La Cláusula Penal como Sanción.

²¹ URIBE-HOLGUIN. Ricardo. De las Obligaciones y Contratos en General. Bogota: editorial Temis. 1982. Pág. 137.

La posición de algunos autores como Pérez Vives²², es la de considerar a la cláusula penal como "una pena privada conservando su fisonomía histórica de sanción. Por tanto, no es dable considerar la cláusula penal como una indemnización a precio alzado pactada por las partes como compensación de la obligación principal; tampoco es una garantía, como parece sugerirlo erradamente el Art. 1592 de nuestro Código. No es una previa liquidación de perjuicios, porque la pena se debe aunque tales perjuicios no se hayan causado; porque tiene el acreedor que escoger entre la pena y la indemnización (opción que demuestra que son cosas distintas la una de la otra); y finalmente, porque puede exigirlas ambas. De allí nuestro aserto de la cláusula penal, entre nosotros, es una sanción a un acto antijurídico; nunca una reparación de perjuicios. Tampoco es una garantía, porque la pena es la consecuencia del incumplimiento, no el respaldo de la obligación. Ella se hace exigible a partir de la mora; jamás juega un papel anterior a ésta. Por lo tanto, no es ni una seguridad personal ni una garantía real".

Perilla Castro²³, comparte esta posición en la siguiente forma: "El principio que protege la pena convencional es el cumplimiento de la palabra empeñada, *pacta sunt servanda*, y el derecho del acreedor a que la prestación le sea satisfecha enteramente y en el tiempo convenido.

²² PEREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las obligaciones. Segunda parte. Tomo II. Segunda edición. Bogota. Editorial Temis. 1955. Pág. 141.

²³ PERILLA CASTRO. Op.Cit. Pág. 78.

“ Es posible concebir la cláusula penal como una verdadera pena impuesta entre particulares, con base en la autorización legal contenida en el Código Civil, y admitir su naturaleza sancionatoria puesto que se configuran sus elementos, así:

1. “ Existe un hecho contrario a la ley de las partes, que es el incumplimiento del acuerdo realizado entre el acreedor y el deudor sobre el pago de determinada obligación.
2. “ Genera una consecuencia negativa para quien asume el proceder antijurídico, constituida por la merma patrimonial sufrida al tener que soportar la pena.
3. “La pena protege el contrato como ley de las partes, y tutela los intereses del acreedor.
4. “No hay consulta del daño que pueda padecer el acreedor, pues la pena se impone para castigar la culpa del delincuente, mientras que la indemnización para repara el daño padecido por la víctima.

“ la sanción representa para el infractor un menoscabo patrimonial, que correlativamente enriquece al acreedor. El incumplimiento de una obligación con cláusula penal es fuente de la obligación penal, que se constituye como un activo en el patrimonio del acreedor. Si este ha soportado perjuicio por el incumplimiento,

la entrada de este crédito a su haber puede de hecho disminuirlo, pero jurídicamente debe considerarse como un enriquecimiento”.

Diferimos de este planteamiento por considerar que la pena establecida en la cláusula penal se considera, en muchos casos, equivalente a los perjuicios, esto es, como el reconocimiento antelado de que, si hay incumplimiento, se producen, y además es la fijación también antelada del valor de la indemnización respectiva. De ahí que no se pueda pedir ambas cosas, sino excepcionalmente, tal como lo considera el artículo 1594 del Código Civil.

Para mayor comprensión, damos el siguiente ejemplo:

La unión Temporal Trabajitos debe realizar una carretera entre los municipios de Chía y Cota, y debe terminarla el día treinta de abril. Si al tiempo estipulado no ha terminado, deberá pagar el 5 % del valor total del contrato, a título de sanción, y continuar con la construcción de la carretera.

En la situación planteada, si el contratista no entrega la carretera el treinta de abril, tendrá que pagar la pena por el incumplimiento, a título de sanción; además, deberá continuar con la ejecución del contrato, ya que el pago de la pena no hace que se descargue el deudor del cumplimiento de la obligación principal, es así que el acreedor puede exigir el pago de la obligación principal más la pena (Art. 1594

C.C), sin desmedro de la facultad que tiene de pedir la indemnización de perjuicios (Art. 1600 C.C.).

De la naturaleza penitencial se deriva su efecto que está regulado en el Art. 1594, al permitir la posibilidad de pactar la exigibilidad de la pena y de la obligación principal, al mismo tiempo, o que se estipule que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

5. La cláusula penal como una estimación anticipada de perjuicios.

La cláusula penal no es otra cosa que el avalúo hecho por las partes, de los perjuicios a que pueda dar lugar el retardo en la ejecución de la obligación (perjuicios moratorios) o por la inexecución de la obligación (perjuicios compensatorios).

2.1. La Cláusula Penal como tasación anticipada de perjuicios moratorios.

“El hecho de que el artículo 1594 del mismo código permita que se acumule el cumplimiento de la obligación principal con la pena, cuando aparezca haberse estipulado ésta por el simple retardo, no significa que, además de ella, pueda exigirse por el acreedor la indemnización de perjuicios, extremo este último no contemplado en el artículo 1594.

“La posibilidad de esta acumulación integral está regida, a modo de excepción, por el artículo 1600, para el caso que así se haya estipulado expresamente”.²⁴

Para mayor comprensión, analizaremos el siguiente ejemplo:

Rosa y Rafael celebraron un contrato de compraventa en virtud del cual se obligaban, la primera a transferir el dominio de la casa número 15-51 de la calle 60 al segundo, y éste, a pagar la suma de treinta millones de pesos. Se fijó como día para la entrega material del bien y para el pago del precio, el 5 de febrero de 2002. En el caso de que no se hiciera entrega en el plazo estipulado, Rosa pagará a Rafael quince mil pesos diarios por cada día de mora, y si la no entrega proviene de Rafael, éste pagará la suma de diez mil pesos diarios por cada día de mora.

La naturaleza jurídica de la cláusula penal, en este caso, es la estimación anticipada de daños ocasionados por la mora del deudor, o sea por el retardo culpable del deudor.

Las partes, a través de un negocio jurídico, se comprometen a dar cumplimiento a la obligación cuando ésta se torna exigible. Si la obligación es pura y simple, o se

²⁴ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, D.E. treinta y uno de octubre de 1961. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón.

vence el plazo, o se da la condición y el deudor no la soluciona, entra en estado de retardo y eventualmente en mora.

El Código Civil, consagra una serie de reglas para determinar cuándo una persona está en mora. Precisamente el artículo 1608, las enuncia:

“El deudor esta en mora, cuando:

- 1. No ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*
- 2. La cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor la ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*
- 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.*

El Tribunal Superior de Cali, a través de sentencia del 13 de septiembre de 1988, aborda el tema, en los siguientes términos:

“ Al tenor de las disposiciones de los artículos 1594 y 1595 del código civil, podemos extraer que antes de constituirse el deudor en mora no se le puede exigir el pago de la pena; ya constituido en ella es deudor de la pena con las

distinciones que al efecto se establecen, y siendo la obligación positiva, sujeto o no a plazo, el deudor incurre en la pena una vez constituido en mora. Es regla general que tratándose de obligaciones a plazo, salvo casos especiales para los cuales la ley exija previo requerimiento, el deudor entra en mora cuando no soluciona la obligación dentro del termino estipulado. De donde se sigue que, si se estipuló una oportunidad para cumplir con la obligación principal y no se hizo al vencimiento de dicho plazo, entró el deudor en mora, sin necesidad de requerimiento alguno ya que la ley sustantiva civil no lo exige en este caso concreto. La pena y los perjuicios sólo se deben cuando se ha incumplido la obligación principal, más concretamente cuando el deudor esta constituido en mora, no mediante requerimiento, pues, se reitera, las normas no lo imponen".²⁵

Sobre la misma materia, el tratadista Guillermo Ospina Fernández hace las siguientes observaciones:

"A propósito de la constitución en mora del deudor de la obligación principal para que la pena se haga exigible, conviene aclarar una duda que ha suscitado la redacción del artículo 1595 del Código Civil, tomado del 1230 del Código Francés: "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora si la obligación es positiva...". En la opinión de algunos, este texto impondría siempre

²⁵ COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Calí. Septiembre 23 de 1988 en la Revista Justicia. Números 401-402 Calí: Imprenta Departamental. 1986-1988. Pág. 11-18.

la necesidad de reconvenir judicialmente al deudor antes de exigir la pena, aun en el caso de que se hubiera estipulado un término para el cumplimiento de la obligación principal.

" Tal opinión sería valedera en el derecho Francés que, al igual que el nuestro, exige la constitución en mora del deudor como requisito para la indemnización de perjuicios, pero con la diferencia es que en aquél no opera la máxima *dies interpellat pro homine*, sino en el caso excepcional que ésta se haya estipulado expresamente por los contratantes. Entiéndase entonces, que en dicho sistema, para la exigibilidad de la pena también se requiera, en principio, la reconvención del deudor, salvo estipulación al contrario. En cambio, nuestro código se ciñe a la tradición romana y española y que el sistema que resulta de las reglas que trae el artículo 1608 es el siguiente: Por regla general, el deudor está en mora "cuando ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor" y excepcionalmente, también lo está "cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora (numeral 1), o "cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla" (numeral 2).

" El citado artículo 1595 no establece regla especial distinta, sino que se limita a exigir para el cobro de la pena que el deudor "se haya constituido en mora", conforme al precitado sistema general, o sea, que no requiere reconvención

judicial de dicho deudor en los casos en que esta formalidad está legalmente excusada".²⁶

2.2. Estimación anticipada de perjuicios compensatorios.

La cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no-ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un "carácter estimatorio y aproximado", que en principio debe considerarse "equitativo", sin perjuicio, eso sí, de la acción de rebaja consagrada en el artículo 1601 del código civil.²⁷

La posición de la Corte Suprema de Justicia acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula penal, es la siguiente:

“ Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante incumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada

²⁶ OSPINA FERNÁNDEZ. Op.Cit. Pág. 160 y 161.

²⁷ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá. Junio 23 de 2000.

previamente entre las partes, no tiene que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada a facilitar su exigibilidad. Para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejara de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato".²⁸

Proponemos el siguiente ejemplo para ilustrar el tema:

La unión temporal "Trabajando", tiene a su cargo la ejecución de la carretera que conduce del municipio de El Triunfo (Cundinamarca) al municipio de Anapoima del mismo departamento. Se estipula que la carretera deberá terminarse a mas tardar el 5 de mayo del 2002; si no se termina en esta fecha, pagará una pena consistente en el 2% del valor del contrato, además deberá pagar 0.2% del valor

²⁸ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Shloss. Santa fe de Bogotá, D.C. veintitrés de mayo de 1996. Pág.25.

del contrato por cada día de retardo en la entrega de la carretera. Así mismo, deberá cumplir con las exigencias técnicas requeridas por la entidad contratante.

Si se comprueba que el contratista no cumple con las exigencias técnicas, se resolverá el contrato, y deberá el contratista pagar a la entidad, el valor total del contrato. Si no paga la pena compensatoria, el día que se declare resuelto el contrato, deberá pagar el contratista el 1% mensual del monto del contrato, por el retardo en el pago de la pena.

Del citado ejemplo, podemos decir que es una combinación de todas las posibles formas de estipulación de la cláusula penal.

En primer lugar, si el contratista no termina la carretera, el 5 de mayo de 2002, tendrá que pagar una pena consistente en el 2% del valor del contrato a título de sanción. En esta estipulación, es innegable el carácter punitivo de la cláusula penal, porque además, el contratista deberá continuar con la ejecución del contrato, es decir, que podrá el acreedor pedir a la vez la pena y la obligación principal (Art. 1594 C.C.).

Más adelante se estipula que si el contratista no termina la carretera en el tiempo convenido, deberá pagar el 0.2% del valor del contrato por cada día de retardo en la entrega. En esta cláusula podemos ver la tasación anticipada de los perjuicios que pueda causar al acreedor, el retardo moroso del deudor (Art. 1594 C.C.).

Así mismo, deberá cumplir el contratista con las exigencias técnicas requeridas por la entidad contratante. Si se comprueba que el contratista no cumple con las exigencias técnicas, se resolverá el contrato y deberá el contratista pagar a la entidad el valor total del contrato. Aquí hay una estimación anticipada de los perjuicios que se puedan causar por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso del contrato, es decir, que estaríamos frente de una cláusula penal compensatoria.

Por ultimo, se estipula en el contrato que, si el contratista no paga la pena compensatoria, el día que se declare resuelto el contrato, deberá pagar el 1% mensual del monto del contrato, por el retardo en el pago de la pena. En este ejemplo volvemos a ver la cláusula penal como sanción por el incumplimiento del deudor.

De la lectura del artículo 1594 y de la primera parte del artículo 1600 del C.C. que reza de la siguiente forma "*No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios,...*", podemos concluir el carácter indemnizatorio de la cláusula penal; por lo tanto, según la legislación civil, son excluyentes, en algunos casos, la indemnización de perjuicios y la pena.

" Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio" Art. 1599 C.C.

La estipulación de la pena, para el caso de incumplimiento o de cumplimiento tardío, exonera al acreedor de la obligación de probar los daños y perjuicios que le ocasione este incumplimiento. El artículo anterior, no sólo exonera al acreedor de probar los daños y perjuicios, sino que somete al acreedor a la eventualidad de que los daños y perjuicios sean superiores a la pena y, así mismo, en el caso en que el monto de la pena sea superior a los daños y perjuicios causados; además, faculta al acreedor para exigir la pena, aún en el caso en el que no se ocasionen dichos daños.

En conclusión, podemos decir que la cláusula penal es un pacto accesorio al contrato; que su naturaleza jurídica es la de un apremio que se hace al deudor, y que depende de la forma en la cual es estipulada por las partes, ya que puede ser estipulada como sanción o como tasación anticipada de perjuicios.

CAPITULO III

ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal es un acto jurídico bilateral por estar la voluntad de los sujetos que la estipulan, dirigida a producir efectos jurídicos entre ellos.

Es accesoria, por depender jurídicamente de una obligación principal. Sin embargo, en sí misma constituye un negocio jurídico unilateral al estar la declaración de voluntad dirigida a crear la obligación que le impone la pena al incumplido, en caso de no ejecutar su obligación principal o de ejecutarla defectuosamente.

Por lo anterior, se concluye que la cláusula penal reúne los elementos comunes de todo negocio jurídico, que a continuación explicaremos:

1 Sujetos Obligados

Las partes que intervienen en la formación del acto jurídico por el que se crea la cláusula penal, deben estar plenamente identificadas o, por lo menos, deben ser determinables. En principio, estas partes son las mismas que se obligan en el acto jurídico constitutivo de la obligación principal, lo que resulta obvio, al ser sus actuaciones (ejecución, no-ejecución o ejecución defectuosa) las que dan origen a la obligación penal.

Sin embargo, la obligación penal puede estar a cargo o recaer sobre un tercero, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 1593 del C.C. *“...cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena”*.

De igual forma, la prestación penal puede ser admitida a favor o en beneficio de un tercero, al amparo el artículo 1593 inciso 3 *“... lo mismo sucederá [valdrá la pena] cuando uno estipula con otro a favor de un tercero.”*

Sin embargo, consideramos que este tercero beneficiario no tiene el poder de decidir si debe cumplirse la obligación principal o la pena en caso de incumplimiento. Esta facultad es exclusiva del acreedor de la obligación principal, a menos que se estipule lo contrario. Por lo tanto, sólo se configura la cláusula penal en favor de un tercero cuando se ha optado por la pena.

En caso de existir un fiador que garantiza la obligación principal, puede también serlo de la obligación penal. La extensión de la fianza a la obligación penal depende de la voluntad de las partes (Art. 2369 C.C).

1.1. Capacidad

La capacidad que se exige a los sujetos que se obligan con la cláusula penal, es la misma que se requiere para obligarse en el acto jurídico del cual es accesoria.

1.2. Manifestación de la Voluntad.

La aplicación de la cláusula penal se limita a lo que establezcan las partes, lo que hace necesario que su voluntad sea expresada de manera clara e inequívoca.

No existe unanimidad en la doctrina respecto a si la cláusula penal, como acto jurídico, puede nacer a la vida jurídica por la manifestación de voluntad de una sola persona, es decir, de manera unilateral. Ello, por cuanto puede considerarse como cláusula penal una disposición testamentaria por medio de la cual se impone al heredero una obligación accesoria en caso de no cumplir con los legados impuestos.

En este caso, la disposición testamentaria sólo produce efectos cuando el heredero ha incumplido con la obligación impuesta en el testamento, de tal forma que está sujeta a una condición suspensiva.

La obligación principal, determinada en el Código Civil como una "obligación con cláusula penal", no tiene que ser necesariamente una obligación contractual, pues

nada impide que surja de una obligación precontractual o extracontractual. Al respecto, el autor Ospina Fernández considera que "no hay inconveniente en que la cláusula penal se refiera a una obligación nacida en cualquier fuente, v. gr., del hecho ilícito"²⁹.

En este caso entre las partes existe una relación que puede dar lugar a que se cometa un hecho ilícito. Es el caso de tres sujetos que comparten un parqueadero muy estrecho. Con el propósito de constreñirse a ser más cuidadosos, establecen una norma que los obliga a pagar Doscientos Mil Pesos (\$ 200.000) más la correspondiente indemnización, en caso de que alguno incumpla con culpa la obligación de no estrellarse.

Pedro y Juan son ganaderos y propietarios de predios colindantes. Si el ganado de alguno de los dos se pasa al predio del otro, se configura un hecho ilícito. La obligación es legal y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, Pedro y Juan pueden establecer una norma, que tenga por objeto la indemnización del responsable a favor del perjudicado.

Debe destacarse que cuando la obligación penal consiste en una prestación de no hacer, se trata de una cláusula penal de naturaleza punitiva, no indemnizatoria.

²⁹ Al referirnos al hecho ilícito, no nos referimos al hecho punible. Ya que consideramos que no es dable pactar una cláusula penal de esté hecho por tener objeto ilícito, por ser un delito es contrario a la ley, y por lo tanto nulo absoluto.

La ley exige, para que los sujetos se obliguen válidamente por el acto jurídico que da lugar a la cláusula penal, que su consentimiento esté libre de vicios (Art. 1502, núm. 2 del C.C.). De conformidad con el artículo 1508 de este código, los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

2. Objeto

Se define como el contenido del acto y del negocio jurídico, es decir, como el conjunto de derechos y obligaciones que el acto o contrato crea, modifica, extingue, transfiere o transmite. El objeto de la cláusula penal puede consistir en cualquier prestación de dar, hacer o no hacer, siempre que contenga todos los requisitos para la validez de una prestación, es decir, debe ser lícito, posible, de contenido patrimonial y determinado o determinable.

Sin embargo, en sentido estricto y práctico, el objeto consiste en una prestación pecuniaria: la entrega de una suma de dinero, por cuanto permite con mayor facilidad cumplir con la función de indemnización, garantía y sanción que puede tener la cláusula penal.

Al respecto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), ha establecido que en su forma más típica, estas

cláusulas requieren el pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento de una obligación contractual.³⁰

Debemos señalar que, de hacerse una interpretación exegética de la ley, se concluiría que en el ordenamiento jurídico no se permiten las cláusulas penales que tienen por objeto suyo una obligación de no hacer; en efecto, el texto del artículo 1592 define la cláusula penal como *“aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo”*. Sin embargo, no obstante la omisión legal, si el contenido de la cláusula penal implica la sujeción a no hacer algo, y tal estipulación no soslaya el orden público y las buenas costumbres, además de ser lícito y posible, ella sería plenamente válida.

El objeto sólo tiene como limitación las restricciones genéricas que pesan sobre toda prestación, es decir, la moral y las buenas costumbres, puesto que no es necesario que su contenido tenga relación proporcional con el daño sufrido por el acreedor con ocasión del incumplimiento.

³⁰ Nota de la Secretaria General de la Organización de Naciones Unidas, del 25 de Abril de 1.979.

2.1. Licitud del Objeto.

Un acto jurídico tiene objeto ilícito cuando sus prestaciones son contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Los casos de objeto ilícito por prohibición especial son:

- a.) Los actos contrarios al derecho público (artículo 1519 del C.C.)
- b.) La enajenación de las cosas que se encuentran fuera del comercio (artículo 1521 inciso 1 del C.C.), como es el caso de todos los bienes de uso público como los parques, calles, plazas, etc. (art. 674 C.C.).
- c.) La enajenación de los derechos personalísimos (artículo 1521 inciso 2).
- d.) La enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial (artículo 1521 inciso 3).

De igual forma, tiene objeto ilícito todo contrato que se encuentre taxativamente prohibido por las leyes, de conformidad con el artículo 1523 del C.C. en concordancia con el artículo 6° del mismo estatuto.

La ilicitud del objeto es sancionada con la nulidad absoluta del acto jurídico, el cual se configura cuando éste contraría la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Dos casos curiosos de objeto ilícito en la pena:

En el antiguo derecho español estaba prohibido pactar como pena a la propia persona o la propiedad de todos sus bienes. El proyecto Acevedo para el Uruguay disponía: “Sólo pueden imponerse como pena los hechos lícitos y no pueden ser objeto de estas obligaciones los castigos corporales, infamatorios o aflictivos”.

2.2. Posibilidad del Objeto.

De acuerdo con el artículo 1518 del C.C., el objeto es imposible físicamente cuando es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público. Para que esta imposibilidad del objeto repercuta sobre la existencia de la cláusula penal, ésta debe ser absoluta y permanente.

2.3 Determinación del Objeto.

Cuando el objeto de la prestación es un cuerpo cierto, ella sólo queda satisfecha con la entrega de este objeto determinado, lo cual no presenta mayores problemas.

En el supuesto de no encontrarse plenamente establecido el objeto de la obligación debe, por lo menos, establecerse el genero de la cosa, de conformidad

con el artículo 1518 numeral 1 del C.C., Vg. se establece como pena por el incumplimiento, el pago de una suma de dinero.

En lo referente a la cantidad, ésta puede ser indeterminada siempre y cuando se establezcan elementos que permitan determinarla posteriormente de manera integral, como es el caso en que se estipula por las partes pagar como pena una suma de dinero equivalente al valor comercial que tenga un determinado bien al momento de hacerse exigible la obligación.

3. Forma

El negocio jurídico por el cual se constituye la cláusula penal es accesorio, por lo cual surge el problema de si requiere para su existencia cumplir con las mismas formas exigidas para el contrato del cual accede.

Si en el ordenamiento jurídico no se establece una forma especial para la estipulación de la cláusula penal, ésta puede pactarse por cualquier medio. Si la cláusula se encuentra incorporada dentro del contrato principal, como creemos que debe ser, ésta debe cumplir con los requisitos de validez del mismo. Pero tales requisitos no son necesarios para su existencia jurídica como cláusula penal, sino como una estipulación accesoria al contrato. V. gr., en un contrato de compraventa de un bien inmueble se estableció una cláusula que, a título de pena, impone a las partes, en el caso de incumplir sus obligaciones contractuales, el

pago de un millón de pesos. La ley no establece ninguna formalidad especial para que esta cláusula nazca a la vida jurídica, solamente los requisitos exigidos por la ley a todo acto: consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitos. Sin embargo, por encontrarse insertada en el contrato, como una manifestación más de voluntad (cláusula), ésta debe cumplir con los requisitos formales que la ley requiere para este contrato, como lo es el instrumento público.

Como su nombre lo indica, la cláusula penal debe encontrarse insertada en el contrato principal, por ser una estipulación contractual, una disposición o artículo integrante del contrato. Si se encuentra en documento separado constituye una pena también de carácter accesorio, pero perdería su carácter etimológico de cláusula.³¹

4 Elementos Accidentales.

Como se ha expuesto, la cláusula penal es un negocio jurídico unilateral³², *“por medio del cual una persona se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa, en caso*

³¹ El tratadista Ospina Fernández, considera que la expresión cláusula no significa que ella necesariamente deba encontrarse incorporada en el contrato.

³² Por lo general, para la formación de la cláusula penal intervienen por lo menos dos personas. Por lo tanto, desde la perspectiva de su creación, como acto jurídico, ésta es estrictamente un acto jurídico bilateral; sin embargo, como negocio jurídico es unilateral, porque la obligación penal, recae sobre una sola persona: el contratante que incumple las obligaciones, que le correspondían en la obligación principal. Al respecto la jurisprudencia Argentina a dicho: "No hay que confundir acto jurídico con contrato y las características que recaen sobre cada uno, porque no son sinónimos, entre ellos existe una relación de genero a especie." Corte Constitucional- Civil, Sala D, 3 de Abril de 1.963. tomo II. Página 110- 216.

de que incumpla total o parcialmente sus obligaciones contraídas en el contrato al cual accede la cláusula”.

Es un elemento esencial de la cláusula penal el estar sujeta a una condición suspensiva, consistente en el hecho futuro e incierto del incumplimiento por alguna de las partes. Mientras no se cumpla esta condición, es decir, hasta que no se produzca el incumplimiento por alguna de las partes, no nace a la vida jurídica la obligación penal. Por lo tanto, con el acontecimiento del incumplimiento, se producen las siguientes consecuencias:

- a) Nace a la vida jurídica la obligación penal.
- b) Se hace exigible para el acreedor incumplido la obligación penal.
- c) Se determina el sujeto obligado en el negocio jurídico. Sólo hasta que se cumple la condición se establece quién debe cumplir con la obligación penal.

Al respecto debe tenerse como punto de partida el hecho de que la obligación penal esta sujeta a la condición del incumplimiento de la obligación principal. Esta condición es suspensiva, porque mientras no se produzca este incumplimiento no nace la obligación penal y por lo tanto tampoco es exigible el objeto contenida en ella. Es decir, que el incumplimiento genera el nacimiento a la vida jurídica de la obligación y por esta misma razón también se produce como consecuencia lógica, la exigibilidad del objeto de la cláusula penal.

Para un mayor entendimiento de las consecuencias que produce el incumplimiento es preciso establecer las diferencias de los siguientes conceptos:

Obligación con cláusula penal.- Es la obligación principal cuyo incumplimiento por alguna de las partes contratantes, acarrea la pena.

Cláusula penal.- Es el acuerdo por medio del cual las partes establecen una sanción en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Como su nombre lo indica (cláusula) significa un acuerdo o convención entre dos partes llamado a dar nacimiento a la obligación de pagar la pena en caso de incumplimiento.

Obligación Penal.- Es la que surge de la cláusula penal, sometida a su nacimiento y exigibilidad a la ocurrencia del hecho futuro e incierto del incumplimiento, por lo tanto, es condicional.

Pena.- Es el objeto de la obligación penal y consiste en la prestación de dar, hacer o no hacer, que es debida por el deudor que incumple.

Cuando alguna de las partes contratantes incumple alguna de sus obligaciones se genera para ésta el deber de pagar la obligación penal y para la parte que ha sido incumplida el derecho a exigir el cumplimiento del objeto contenido en la obligación penal.

CAPÍTULO IV

CARACTERÍSTICAS DE LA CLAUSULA PENAL.

1. ACCESORIEDAD.

La principal característica de la obligación penal es su accesoriidad respecto de la obligación principal.

El Código Civil en su artículo 1499, establece que un contrato es accesorio *“cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”*.³³ Según esta disposición, el elemento básico para determinar la accesoriidad del contrato es que se dirija a fortalecer otra obligación, lo cual es propio de la cláusula penal. El nacimiento a la vida jurídica de la obligación penal, está sujeto de manera directa a que se incumplan las obligaciones del contrato al que accede. Esta noción de accesoriidad se encuentra plenamente desarrollada en el código civil argentino, al disponer en su artículo 552: *“ De dos obligaciones, una es principal y la otra accesoría, cuando la una es la razón de la existencia de la otra.”*

³³ El antecedente de este artículo, lo encontramos en el artículo 1442 del Código Civil chileno, que dice: “el contrato es principal cuando subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”

Respecto a la definición que tiene el Código Civil colombiano, de contratos principales y accesorios, es conveniente precisar las siguientes falencias que compartimos con el tratadista Ospina Fernández: “ Todo contrato subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales, así, la cláusula penal subsiste como acto jurídico por sí mismo en cuanto reúna los requisitos de la ley y, por ello, produce efectos aún después de extinguida la obligación principal. No hay, pues, contratos principales y accesorios, sino contratos que producen derechos u obligaciones principales, como la compraventa, la permuta, etc., y otros que dan lugar a obligaciones accesorias como la cláusula penal.”³⁴

Sin embargo, no debe confundirse la obligación penal con la obligación accesoría, puesto que la primera se limita a ser una garantía que busca asegurar el cumplimiento de la obligación principal, mientras que la obligación accesoría puede tener una finalidad diferente como la de servir de complemento; la obligación accesoría es el género y la obligación penal es la especie.

Una vez establecido el carácter accesorio de la cláusula penal, es preciso determinar las principales características que de ello se derivan.

³⁴ OSPINA FERNANDEZ. OP.Cit. Pág. 147.

1.1. Consecuencias de la Accesoriedad

1.1.1. La Inexistencia de la Obligación Principal

La inexistencia de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal. Si el contrato principal no nace a la vida jurídica, v.gr. por falta de consentimiento de sus contratantes, la cláusula penal tampoco existe.

1.1.2. La Nulidad de la Obligación Principal

La nulidad de la obligación principal produce la nulidad de la obligación penal (Art. 1593 del C.C.) en las siguientes hipótesis:

1. Si la obligación principal se encuentra afectada por nulidad absoluta, v.gr. por ilicitud en su objeto o causa, o por incapacidad absoluta de sus contratantes, la cláusula penal correrá con la misma suerte, pues estaría garantizando prestaciones contrarias al orden público. Según lo establecido en el artículo 1504 del C.C., si la incapacidad recae sobre los sujetos contratantes, sus actos no producen obligaciones naturales, ni admiten caución.

De la misma forma será nula la pena que accede a un contrato que no ha podido formarse por omitir requisitos sustanciales que la ley prescribe para su formación, por ejemplo, la transferencia del dominio de un bien inmueble requiere siempre de

la inscripción en el registro correspondiente como lo determinan los artículos 749, 756 y 1857 del Código Civil.

2. Si la eficacia de la obligación principal se encuentra afectada por nulidad relativa, por encontrarse la voluntad de los contratantes afectada por un vicio como el error, la fuerza o el dolo, este efecto recaerá también sobre la cláusula penal. Esta nulidad de la cláusula penal no deviene como consecuencia de la nulidad de la obligación principal, sino porque es imposible su subsistencia jurídica sin la validez de la obligación a la cual accede. De esta forma, será siempre nula la pena, cuando el contrato se encuentra afectado por un vicio de nulidad relativa como los vicios del consentimiento de las partes contratantes (Art. 1508 del C.C.), la falsedad de la causa que da origen al contrato (Art. 1524), la lesión enorme existente en el momento de la aceptación de una herencia o legado (Art.1291), así como en la venta y en la permuta de inmuebles (Art.1946), y en la partición de bienes (Art.. 1405). Esta nulidad del contrato principal sólo puede ser declarada por la parte en cuyo favor se haya establecido y siempre puede sanearse por la ratificación de las partes o por la prescripción de la acción rescisoria, de conformidad con el artículo 1743 del Código Civil.

Sin embargo, la nulidad de la cláusula penal como consecuencia de la nulidad de la obligación principal no siempre se presenta, como se verá en la siguiente situación:

1. Si uno de los sujetos contratantes en el acto jurídico principal es un incapaz relativo, por ser un menor adulto no habilitado de edad o un disipador interdicto, la obligación jurídicamente es natural y no es, por lo tanto, exigible judicialmente. Sin embargo, la cláusula penal que accede a este contrato subsistirá y será exigible coercitivamente "siempre que el deudor de esto sea un tercero y que sea válida por sí misma"³⁵, de conformidad con el artículo 1529 del C.C. Tomando como base el derecho romano y alejándose del derecho francés³⁶, el ordenamiento jurídico colombiano permite que las obligaciones naturales sean aseguradas mediante una garantía personal como la cláusula penal, o una caución real, como la prenda o la hipoteca, siempre que éstas sean prestadas por un tercero, lo cual resulta lógico, pues si las constituyera el deudor natural a quien no le es exigible la obligación principal, menos aun le será coercible la obligación que la garantiza.

No obstante ser un tercero el que se obliga con el acreedor a pagar la pena, la prenda o la hipoteca, carece de fundamento práctico esta disposición, en tanto que éstas son obligaciones accesorias y subsidiarias, exigibles solamente cuando se produce el incumplimiento del deudor natural, y como no es coercitiva la obligación principal éste nunca se encontrará en mora. Al respecto, Ospina Fernández considera que solamente se hacen efectivas estas garantías cuando "el tercero que las constituye se obliga personalmente o sea cuando éste tenga el carácter de fiador prendario o hipotecario, porque el fiador contrae una obligación

³⁵ OSPINA FERNÁNDEZ. OP.Cit. Pág. 148.

³⁶ El Derecho Romano permitía caucionar directamente una obligación natural

a su cargo, la que se le puede cobrar, sin que pueda alegar el beneficio de excusión, o sea, el que no se le exija su obligación antes de perseguir la deuda en los bienes del deudor principal y en las prendas o hipotecas prestadas por este. Si la caución es una cláusula penal, para que produzca efecto es necesario que el tercero también se obligue personalmente a pagar la multa en el caso de que el deudor no cumpla la obligación. En síntesis: la caución de la obligación natural constituida por un tercero requiere siempre para su eficacia que dicho tercero se obligue personalmente para con el acreedor."³⁷

Respecto a la premisa legal, según la cual, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, la doctrina⁴⁶ ha desarrollado varias hipótesis exceptivas:

1. *Culpa in Contrahendo*.

Esta teoría se fundamenta en el principio *neminem ledere*, en virtud del cual, a nadie le es permitido perjudicar a otro, por lo que se "debe responder por los daños y perjuicios causado con motivo de la contratación, aun cuando el contrato en función del cual han obrado las partes, no llegue a formalizarse o resulte nulo."³⁸ Esta sería una excepción al principio que se estudia, porque la cláusula penal constituye una previsión de los daños que un contratante puede

³⁷ OSPINA FERNÁNDEZ. Op.Cit. Pág. 227.

⁴⁶ CLARO SOLAR, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile 1.979, volumen V, página 506.; Giorgi, Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Moderno, tomo IV, página 468.; Laurent, Principies de Troit civil fancaise, tomo XVII, Página 508.

eventualmente causar a otro, independientemente de la existencia de la obligación principal, es decir, representa los daños que se deben reparar por incumplir el deber genérico de responsabilidad contractual, que se deriva de la culpa *in contrahendo*.

Esta hipótesis carece de fundamento jurídico, en tanto que la culpa *in contrahendo* constituye un deber de responsabilidad abstracto, por lo que las partes no se encuentran sometidas a ninguna obligación y su conducta no se encuentra sometida a ninguna norma. No constituye una obligación penal pues, por definición, ésta es establecida para reforzar una obligación principal a la cual accede y que en este caso no existe realmente, pues está representada en el convenio tácito de responsabilidad contractual que se deriva de la doctrina de la culpa *in contrahendo*.

2. La venta de cosa ajena.

La nulidad de la obligación principal es la que produce la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se establecen en la cláusula penal.

Esta segunda hipótesis ha sido desarrollada en Francia, tomando como base la nulidad del contrato que tiene por objeto la venta de cosa ajena, es decir, que la cláusula penal es la convención anticipada de los daños y perjuicios que se le

³⁸ PEIRANO FACIO. Op.Cit. Pág., 139.

causan al comprador de buena fe, por ser nulo el contrato. Esta hipótesis sólo es procedente en ordenamientos jurídicos como el francés (donde la compraventa no es un contrato obligatorio sino constitutivo) en los que el contrato transfiere el dominio sin necesidad de modo alguno. Allí se establece de manera taxativa³⁹ la nulidad de la venta de cosa ajena, y se le otorga a la cláusula penal un carácter eminentemente indemnizatorio, según lo dispone su artículo 1229, cuyo texto es el siguiente:

“La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la inejecución de la obligación principal”.

La regulación que tiene la venta de cosa ajena, en el ordenamiento legal Colombiano, es sustancialmente diferente. Al respecto, el artículo 1871 del Código Civil preceptúa: *“ La venta de casa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extinga por el lapso del tiempo”.* Por su parte el Código Civil de la Republica Oriental de Uruguay, hace una regulación semejante en su artículo 1669: *“ La venta de cosa ajena vale, sin perjuicios de los derechos del dueño de la cosa venida, mientras no se extingan por prescripción.”*⁴⁰

Respecto a la venta de cosa ajena en materia comercial, el artículo 907 del Código de Comercio establece: *“La venta de cosa ajena es válida e impone al vendedor la obligación de adquirirla y entregarla al comprador, so pena de indemnizar los*

³⁹ Según lo dispone expresamente el artículo 1599 del Código Civil Francés.

perjuicios." De este texto se deduce la plena validez de la venta de cosa ajena, aunque impone al vendedor que no es dueño, la obligación de adquirir la cosa y realizar la tradición de la misma, es decir, que le da validez al título.

Respecto a la excepción que se viene desarrollando, podría surgir el siguiente interrogante ¿Si el vendedor incumple la obligación de hacer dueño al comprador de la cosa vendida, se producirá por esto la nulidad del contrato y la correspondiente obligación de indemnizar los correspondientes perjuicios compensatorios o de pagar la cláusula penal compensatoria? En caso de ser afirmativo, se configuraría la excepción en estudio, pues la pena subsistiría a pesar de la nulidad del contrato principal. No obstante, se debe concluir que la nulidad no se produce, porque el título es válido, y el incumplimiento de las obligaciones del vendedor que no es dueño, da lugar a las consecuencias propias del incumplimiento, lo cual se encuentra regulado de manera especial en los artículos 1882, inciso segundo del Código Civil, "*Si el vendedor por el hecho o por la culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.*" y 925 del Código de Comercio de la siguiente manera: "*El comprador tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle*

⁴⁰ VASQUEZ PRADERI, Luis A. y NICOLIELLO, Nelson, Código Civil de la República Oriental de Uruguay. Montevideo: Editorial Acalí. 1.980, Pág. 125.

tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del Código Civil y 870 de este Libro."

Por lo anterior, tanto en nuestra normatividad civil como en la comercial, esta excepción carece de fundamento jurídico, en tanto que la venta de cosa ajena no se encuentra afectada de nulidad, es decir, es totalmente válida.

En caso de que, en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 1882 del Código Civil, el comprador desista del contrato, debido al retardo del vendedor en la entrega, el contrato se exige *ipso iure*, quedando el vendedor obligado a la indemnización de los perjuicios compensatorios o al pago de la cláusula penal compensatoria.

3. Inexistencia del Objeto en el Contrato.

El artículo 1870 del C.C. dice: *"La venta de una cosa que al momento de perfeccionarse el contrato se supone existe, y no existe, no produce efecto alguno."*

"El que vendió a sabiendas lo que en todo o en parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe".

Por su parte, el artículo 918 de Código de Comercio se refiere a la inexistencia total o parcial del objeto del contrato de la siguiente manera: *"La compra de un*

cuerpo cierto que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no producirá efecto alguno, salvo que las partes tomen como objeto del contrato el alea de su existencia y el vendedor ignore su pérdida."

En el caso que nos ocupa, si el contrato principal al cual accede la cláusula penal carece de objeto, por ser inexistente o por faltar una parte considerable de aquél, v. gr. es un contrato de compraventa de 10 joyas pertenecientes a alguna dinastía China, de las cuales al momento de celebrarse el contrato sólo existen tres, o ninguna, este acto jurídicamente es ineficaz, es decir, no produce ningún efecto jurídico, sin que para ello requiera de declaración judicial (lo cual diferencia sustancialmente a este instituto con la nulidad). Sin embargo, a la luz del artículo 1870 del C.C. y 918 inciso 3 del Código de Comercio, el comprador de buena fe y exento de culpa puede exigir el pago de la cláusula penal, a título de indemnización de daños y perjuicios. No obstante la sanción que la ley impone al acto principal, la pena se causa o recae sobre el vendedor, por el incumplimiento imperfecto o total de la obligación.

3. Convención de *Port- fort* o promesa por otro.

Otra excepción al principio legal en estudio, se encuentra en el convenio *port- fort*, por el cual una persona promete que otra ha de observar determinada conducta, y ratifica dicha promesa con la estipulación de una pena que se obliga a pagar en

caso de que el tercero no cumpla con lo enunciado⁴¹. La obligación principal en este caso, sólo nace a la vida jurídica hasta cuando el tercero que debe realizar la conducta, ratifique o acepte el compromiso; sin embargo, la cláusula penal es plenamente efectiva contra el sujeto que se obligó a que el tercero realizara la conducta. Por ejemplo, Juan se comprometió con Pedro, a que su hermano Jacinto no compraría un lote que Pedro deseaba comprar; esta promesa se reforzó con una cláusula penal. Efectivamente, este pacto sólo obligará a Jacinto una vez lo ha aceptado expresamente, lo cual puede nunca suceder. Sin embargo, Juan es responsable por la cláusula penal en caso de que Jacinto compre el lote. De esta forma, al momento de constituirse la cláusula penal no se requiere de la existencia de una obligación a la cual acceder, pues, siguiendo con el anterior ejemplo, puede suceder que Jacinto nunca ratifique con su voluntad el pacto establecido por su hermano y Pedro, por lo cual nunca se formaría el vínculo jurídico que lo obliga, es decir, que la obligación principal nunca se produce.

Esta figura tiene como fuente el artículo 1.120 del código civil francés que dice: *"Sin embargo, no puede salir garante (port -fort) por un tercero, prometiendo el hecho de éste, quedando a salvo la acción contra el garante, o quien ha prometido hacer ratificar, si el tercero rehúsa cumplir el compromiso."* El paréntesis se encuentra fuera del texto.

⁴¹ LAURENT, Principies de Troit Civil Francaise. Tomo XVII. Número 429. Pág. 229. citado por PEIRANO FACIO, Op. Cit, Pág. 140.

Esta convención se encuentra consagrada en el artículo 1507 del C.C colombiano, que dice: *"Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa"*.

La obligación de quien promete por otro es de hacer: consiste en lograr que esa tercera persona, de quien no se tiene representación, ejecute determinada conducta. Por lo tanto, sólo se libera de esta responsabilidad si el tercero, además de ratificar el acuerdo, ejecuta la conducta que se ha prometido; de lo contrario, deberá indemnizar los daños y perjuicios que se causen, los cuales son pactados anticipadamente en una cláusula penal.

Esta hipótesis considera que si la obligación principal es inexistente, por que falta el consentimiento o la ratificación del tercero, la cláusula subsiste.

Sin embargo, para determinar si la convención *port fort* constituye una excepción a al principio de la accesoriedad, debe observarse que el contrato principal tiene vida jurídica por la voluntad de quien no es legítimo representante y el otro contratante, quienes pactan sobre la conducta de un tercero. Por lo anterior, para la formación y existencia de este vínculo jurídico no es necesaria la intervención

del tercero; su aceptación sólo tiene por efecto permitir que el acreedor tenga acción contra éste, en caso de que no cumpla.

La obligación principal que existe entre quien no es legítimo representante y el acreedor, es plenamente válida y, por lo tanto, la cláusula penal que le accede, también.

1.1.3. La Nulidad de la Cláusula Penal.

La nulidad de la cláusula penal no produce la nulidad de la obligación principal.⁴²

La premisa según la cual lo accesorio no subsiste sin lo principal, no conlleva a que lo principal no pueda subsistir sin lo accesorio. El artículo 1593 del C.C. dice: "*La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, **pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal***" (Hemos destacado).

Por lo tanto, todos los vicios jurídicos que afecten la obligación penal, como la inexistencia o la nulidad y su extinción, no soslayan, ni producen efecto alguno sobre la obligación principal.

⁴² Este principio se encuentra su cuna en el derecho romano, al disponer el Digesto, libro XLV, título I, fragmento 126 de Paulo: " Si yo estipulo que comparezcas, y si no hubieres comparacido se de alguna cosa que es imposible para el que la promete, paréceme útil la primera, deducida la segunda estipulación; y esto será lo mismo que yo hubiera estipulado que comparecieras."

1.1.4. La Extinción de la Obligación Principal.

Como ha sido establecido en el desarrollo de este trabajo, si el contrato principal se extingue por el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales como el pago, o por cualquier otra forma legal de extinción de las mismas, como la novación, transacción, remisión, compensación, confusión y la pérdida de la cosa que se debe sin culpa del deudor, la cláusula penal también se extinguirá.

Cuando el contrato principal se termina por alguna de las anteriores causas legales, lo que se produce es la extinción de la cláusula penal, es decir, el acuerdo por medio del cual las partes establecen una sanción en caso de incumplimiento de sus obligaciones. El termino "cláusula" significa un acuerdo o convención y dentro de la técnica propia de redacción de los contratos, constituye cada uno de los párrafos del texto contractual, en el que se contienen una o varias obligaciones determinadas.

Por lo tanto la cláusula penal, que es el acuerdo entre dos partes llamado a dar nacimiento a la obligación de pagar la pena en caso de incumplimiento, se termina por culminar el contrato al cual accede. En efecto, el objeto de la obligación penal, que se encuentra contenida en la cláusula, no se ha hecho exigible, en tanto que el incumplimiento no se ha producido por ninguna de las partes. El contrato se termina por el cumplimiento oportuno de sus prestaciones o por alguna de las causas de terminación de las obligaciones. No se debe confundir lo que se termina con el cumplimiento de la obligación principal, lo cual es la cláusula penal que accede al

contrato principal, pues la obligación penal no ha nacido a la vida jurídica y por lo tanto, su objeto tampoco se ha hecho exigible.

Por el contrario cuando se produce el incumplimiento de la obligación principal, la obligación penal nace a la vida jurídica y su objeto se hace exigible. La parte que ha sido incumplida tiene la facultad de solicitar el cumplimiento del contrato o la resolución de este, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.546 del C.C.

Si se solicita la resolución judicial del contrato principal no se produce la extinción de la cláusula penal; por el contrario, con el incumplimiento de la obligación principal, la obligación penal compensatoria nace a la vida jurídica y, por ende, se hace exigible. Puede entonces el contratante cumplido ejercer la acción resolutoria y pedir el pago de la cláusula penal compensatoria o, si lo desea, la indemnización de perjuicios compensatorios. Si se solicita el cumplimiento del contrato, también se puede invocar el pago de la cláusula penal punitiva, junto a la indemnización de perjuicios moratorios, si así se estipulo por las partes en el contrato, de conformidad con el artículo 1600 del C.C.

1. Cumplimiento de la obligación.

Si el contrato se extingue por el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales como el pago, o por cualquier otra forma legal de extinción de las

mismas, como la novación, transacción, remisión, compensación, confusión y la pérdida de la cosa que se debe sin culpa del deudor, la cláusula penal también se extinguirá.

2. Incumplimiento de la obligación.

Si la obligación principal no es ejecutada debidamente, el contratante que haya cumplido o se haya allanado a cumplir, tiene la facultad de solicitar el cumplimiento del contrato o la resolución de éste (y en algunos casos puede desistir del contrato), siempre con la correspondiente indemnización de perjuicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1546 del C.C. Una vez decretada la resolución del contrato principal o desistido el contrato, éste deja de producir efectos jurídicos y, si es de ejecución instantánea, retrotrae jurídicamente sus efectos al momento de celebrarse el contrato. Respecto a las consecuencias de la resolución judicial, Opina Fernández afirma que " el contrato queda privado de sus efectos, y si estos consisten en obligaciones, quedan ellas extinguidas, o sea que la acción resolutoria próspera es un modo de extinguir las obligaciones."⁴³

Sin embargo, la resolución judicial del contrato principal no produce la extinción de la cláusula penal; por el contrario, con el incumplimiento de la obligación principal, la obligación penal compensatoria nace a la vida jurídica y, por ende, se hace exigible. Puede entonces el contratante cumplido ejercer la acción resolutoria y

pedir el pago de la cláusula penal compensatoria o, si lo desea, la indemnización de perjuicios compensatorios. Si se solicita el cumplimiento del contrato, también se puede invocar el pago de la cláusula penal punitiva, junto a la indemnización de perjuicios moratorios, si así se estipulo por las partes en el contrato, de conformidad con el artículo 1600 del C.C.

2. Es un Negocio Jurídico Unilateral

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la cláusula penal, como acto jurídico, es bilateral, porque en su formación interviene la voluntad de por lo menos dos personas.

Sin embargo, la obligación penal recae únicamente sobre un solo sujeto: el que haya incumplido la obligación principal; por lo tanto, como negocio jurídico es unilateral.

Para mayor explicación del anterior concepto nos permitimos transcribir una parte de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que desarrolla el tema:

"El contrato es una de las fuentes de las obligaciones, su causa más frecuente. La obligación es el genero y el contrato la especie. Cuando el contrato genera obligaciones reciprocas se llama bilateral, calificativo que no cuadra a la

⁴³ OSPINA FERNANDEZ. Op.Cit. Pág. 522.

*obligación, la que como relación jurídica en virtud de la cual una parte tiene que dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor de otra, presenta fisonomía unilateral. La ley habla de obligaciones condicionales, a termino, alternativas, facultativas, de genero, solidarias, divisibles e indivisibles, pero no de obligaciones bilaterales. En el tecnicismo jurídico se habla a veces de acto bilateral, para contraponer esta noción a la de acto unilateral, o sea aquel en que sólo interviene una parte. Así, el testamento es un acto unilateral porque en el sólo interviene el testador, y el depósito un contrato unilateral porque en el sólo se obliga el depositario, y es acto bilateral porque en su formación hay acuerdo de voluntades."*⁴⁴

Puede suceder, que la cláusula penal sea un acto jurídico unilateral, por ser una persona la que interviene en su formación como, por ejemplo, cuando se trata de una disposición testamentaria accesoria sujeta a condición suspensiva, en la que el testador estipula que, a título de pena, el heredero perderá su legado, si no ejecuta determinada obra benéfica. En este caso, es también un negocio jurídico unilateral, pues el heredero es el único obligado a ejecutar la disposición.

Sin embargo, en todos los actos jurídicos bilaterales constitutivos de la cláusula penal, el sujeto que se obliga no se encuentra determinado. Esto sólo sucederá cuando se produzca el incumplimiento. Es decir, que una vez se ha celebrado el acto jurídico constitutivo de la obligación penal, las partes se encuentran frente a

⁴⁴ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia del 20 de Noviembre de 1.940. Magistrado Ponente: Dr. Juan Adonado. Gaceta Judicial. Tomo 50, Pág. 614.

una mera expectativa, (proveniente del aleas de que acontezca el hecho futuro e incierto del incumplimiento) por lo tanto, no puede exigir su cumplimiento sino hasta cuando se haya concretado efectivamente su derecho, con el incumplimiento por alguna de ellas.

Aunque no esté determinado al momento de formarse el acto jurídico, siempre es uno el sujeto responsable de la obligación penal. En el caso de que los dos sujetos incumplan las obligaciones establecidas en el contrato principal, la cláusula penal no se hace efectiva, por considerarse como un mutuo disenso tácito.

3. Es condicional

Esta característica se deriva del contenido del artículo 1595 del Código Civil que dice: "*...el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora*", es decir, que para que sea exigible la obligación penal es necesario que se produzca la condición del incumplimiento del deudor. Esta condición puede ser positiva o negativa, dependiendo del contenido del objeto de la obligación principal. Si la obligación a la que accede la cláusula penal consiste en dar o en hacer algo, la condición será negativa, puesto se produce porque el deudor no dé o haga algo; y, si por el contrario, el contenido de la obligación principal es de no hacer algo, la condición será positiva, pues el incumplimiento se produce por la ejecución de este hecho prohibido.

Esta distinción es de trascendental importancia para determinar en qué momento se hace plenamente exigible la obligación penal, para lo cual se debe retomar el régimen legal de la indemnización de perjuicios.⁴⁵ Por lo tanto, si la obligación principal es de dar o hacer, la cláusula penal será exigible desde el momento en el que el deudor se encuentre constituido en mora; y si se trata de una obligación que tiene por objeto la abstención de un hecho, se deberá la pena desde el momento en que se ejecute el hecho prohibido.

4 Es Independiente.

Esta característica se fundamenta en que, una vez se produce el incumplimiento de las prestaciones establecidas en el contrato principal, la obligación penal nace a la vida jurídica y se hace plenamente exigible, sin que el deudor pueda alegar que la causa que dio lugar a la pena ha desaparecido o que no se han causado perjuicios al acreedor, como lo dice el artículo 1.599 del C.C.:

" Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."

⁴⁵ Se encuentra regulado por el artículo 615 del C.C. que dice: " Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se encuentra constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención."

Tampoco es procedente que el deudor de la pena alegue la inexistencia de la causa que le dio origen a la estipulación de la cláusula penal, como por ejemplo el pretender exonerarse del pago de la pena compensatoria, alegando que al momento de celebrarla no buscaba que se hiciera efectiva por el incumplimiento total, sino por el simple retardo en el cumplimiento. Es independiente porque la cláusula penal es válida aunque las causas o circunstancias que dan origen a su contratación, no existan al momento de hacerse exigible.⁴⁶

5. Es Subsidiaria.

Consiste en que el objeto de la obligación penal se hace exigible con el incumplimiento o cumplimiento regular de la obligación principal. Por lo tanto, sólo hasta éste momento el acreedor tiene el derecho de solicitar la ejecución de su objeto, bien sea esté una obligación de dar, hacer o no hacer.

Las partes no pueden solicitar que el contenido de la obligación penal, se ejecute antes del cumplimiento de la condición suspensiva a la cual está sujeta, porque la obligación no ha nacido a la vida jurídica.

⁴⁶ El vocablo causa en el diccionario de la Real Academia Española, alude a varios conceptos, entre los cuales extraemos para el propósito estudiado, los siguientes: “como fundamento u origen de una cosa”; “lo que produce el efecto”, “motivo o razón para obrar”;; “causa eficiente: primer principio productor del efecto, causa impulsiva: razón o motivo que inclina a hacer alguna cosa”.

TITULO V

LA CLAUSULA PENAL EN EL CODIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio trata el tema de la cláusula penal en el Libro cuarto denominado De los Contratos y Obligaciones Mercantiles, Título I, De las Obligaciones en General, en su Capítulo Cuarto, titulado “El Contrato en General”, en el artículo 867.

Reza dicha norma: Artículo 867 *"Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

"Cuando la obligación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

"Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."

De la anterior norma, podemos derivar las características de la cláusula penal, en el derecho mercantil:

1. Se trata de una cláusula accesoria de los contratos mercantiles, que para su nacimiento depende de la voluntad de las partes.
2. Es una estimación que hacen las partes de los perjuicios compensatorios o moratorios, o de ambos, para el caso de incumplimiento o de mora en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato.
3. Establece la limitación para la pena, según la cual, la misma no podrá exceder el monto de la obligación principal.
4. Atribuye facultades al juez para reducir equitativamente la pena, en los siguientes eventos:

-Cuando en la prestación principal no sea determinada ni determinable en dinero, y la considera excesiva al enfrentarla al interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación.

-Cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.

Luego de indicar las anteriores características, señalaremos ahora las principales semejanzas y diferencias entre la regulación de la cláusula penal en los Códigos Civil y de Comercio.

1. Similitudes entre la regulación civil y comercial de la cláusula penal

Las siguientes semejanzas entre las regulaciones civil y comercial son señaladas por el profesor José Ignacio de Narváez:⁴⁷

a-) “No existe libertad absoluta para fijar el monto de la valoración anticipada de perjuicios, pues en ambos códigos se prevé la reducción si se considera manifiestamente excesiva con miras a conjurar una lesión patrimonial”

b-) “ En ambos códigos se establece el arbitrio judicial para reducir equitativamente la pena.”

c-) “ Cuando se cumple parcialmente la obligación principal, es procedente la reducción proporcional de la cláusula penal”

d-) Como la indemnización del acreedor se genera no sólo por el cumplimiento de la obligación principal, sino también por el cumplimiento con atraso o morosidad, el monto de la cláusula penal se considera equivalente a los perjuicios. Pero en cada caso concreto es necesario precisar si se está en presencia de alguna de las situaciones reguladas en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil.”

2. Diferencias entre la regulación civil y comercial de la cláusula penal

⁴⁷ NARVÁEZ, José Ignacio. Obligaciones y Contratos Mercantiles, Editorial. Temis, 1990 Pág. 105

La disparidad esencial entre ambos regímenes en relación con el tratamiento dado a la cláusula penal, radica en el monto de la valoración de los perjuicios, debido a que el Código Civil en su artículo 1601 indica que *“Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse; y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda del duplo de la primera, incluyéndose ésta en él”*; mientras que el Código de Comercio, en el artículo 867, señala que *“Cuando la obligación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella”*, con lo que la legislación mercantil limita el monto de la cláusula penal al de la obligación principal, mientras que la ley civil permite que la misma pueda llegar hasta el doble del valor de la prestación sustancial.

En relación con la limitación que impone la ley comercial, es pertinente compartir los planteamientos del doctor Jorge Suescún Melo quien, sobre el particular, anota lo siguiente: *“Esta regla contiene un serio error de análisis del régimen de la cláusula penal, pues prácticamente desconoce su función primordial de servir como evaluación anticipada de perjuicios. Nótese en efecto que lo máximo que puede pactarse como pena es un monto igual al del valor de la obligación principal incumplida, lo que simplemente sustituiría el objeto de dicha obligación, pero sin reconocer los demás daños que pueda haber sufrido el acreedor, en especial el lucro cesante.*

"Olvida la disposición comentada que en los negocios mercantiles en que se incluyan cláusula penal debe tenerse en cuenta las normas del Código Civil sobre esta materia por expreso mandato del artículo 822 del Código de Comercio, pues éste ordena la aplicación de las normas civiles a diversos aspectos de las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles y específicamente a los "efectos de las obligaciones", dentro de los cuales se encuentra la indemnización de perjuicios.

"Ahora bien, recordemos que el artículo 1594 del Código Civil prohíbe en principio la acumulación de la pena con la obligación principal, pues presume que aquella reemplaza a ésta y rapara todos los daños. Por su parte, y por las mismas razones, el artículo 1600 impide que se sumen la pena y la indemnización de perjuicios. En ambos casos es necesario un pacto expreso para desvirtuar las presunciones y para que puedan llevarse a cabo dichas acumulaciones. En consecuencia, no es lógico que el Artículo 867 del Código de Comercio, a pesar de lo dispuesto por los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, limite la Cláusula Penal al valor de la obligación principal, pues en principio la pena no puede adicionarse con ésta, ni con la indemnización de perjuicios. La única solución para los comerciantes es tener el cuidado de incluir pactos expresos de acumulación, pues de otra forma los deudores incumplidos, así hayan incurrido en culpa grave o en dolo, sólo responderán por una pena cuyo monto no excederá

del valor de la prestación incumplida, con lo cual el acreedor sólo recibirá una reparación parcial de los daños sufridos.”⁴⁸

⁴⁸ SUESCON MELO, Revista de Derecho Privado No. 12. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Volumen VII. Mayo de 1993. Bogotá. 1993. Pág. 156 - 157.

CAPITULO VI

MODALIDADES DE LA CLAUSULA PENAL

La cláusula penal constituye un instrumento por medio del cual las partes estipulan anticipadamente las consecuencias de la responsabilidad que se deriva del incumplimiento total o defectuoso de las obligaciones establecidas en el contrato. En virtud del principio *pacta sunt servanda*, esta cláusula puede ser pactada de acuerdo con los intereses más convenientes para las partes y se sujetará, según sea su forma, a las reglas generales de la responsabilidad civil contractual. Respecto a la aplicación de este principio en la cláusula en estudio, la Corte Suprema de Justicia se ha referido en los siguientes términos:

“Con respaldo en el clásico principio de la soberanía contractual, las personas gozan de la facultad para celebrar toda clase de pactos o convenciones, con tal que en sus acuerdos no se desconozcan el conjunto de normas que toquen con el orden público y con las buenas costumbres y, en dicho evento el ordenamiento les imprime fuerza de ley pues sobre el particular dispone el artículo 1602 del Código Civil que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento, o por causas legales.”⁴⁹

⁴⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá D.C. Sentencia de Octubre 6 de 1976. Magistrado Ponente Dr.: Alberto Ospina Botero.

La más importante de las modalidades que se pueden presentar al pactarse y la que ha tenido mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial, es la que mira principalmente la finalidad que persiguen las partes estableciendo la cláusula penal. De acuerdo con este criterio, se clasifica en:

1. Cláusula Penal Compensatoria

Esta tiene lugar cuando las partes convienen en que la cláusula penal representa el equivalente en dinero de la prestación, es decir, que su objeto, bien sea una obligación de dar, de hacer o de no hacer, equivale a la obligación del contrato principal que se incumple. Por lo tanto, cuando el deudor se encuentre en mora, el acreedor podrá solicitar que se ejecute la obligación principal o hacer cumplir judicialmente el equivalente de ésta (representado en la cláusula penal), solicitando la resolución judicial del contrato, como lo dispone el artículo 1546 del Código Civil y el 870 del Código de Comercio. Por lo tanto, es un requisito *sine qua non* para su exigibilidad, que la relación contractual sea declarada extinguida pues, de no ser así, continuarían vigentes las obligaciones principales y se daría el pago de dos prestaciones que son excluyentes.

La cláusula penal compensatoria no puede ser demandada conjuntamente con el cumplimiento del contrato principal, pues, justamente, ésta es la sustituta de la obligación principal (reemplaza la no- ejecución); por esta razón, así lo dispone expresamente el artículo 1.594 del C.C.: “ Antes de constituirse el deudor en mora,

no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir en tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio.”

Si en el contrato las partes han estipulado una cláusula penal compensatoria sin perjuicio del derecho a reclamar una indemnización, el juez puede reconocer, a título de daños y perjuicios, una reparación por éstos, incluso mayor a la pena, lo cual no sería una excepción al principio de inmutabilidad, porque se trataría de perjuicios diferentes a los compensados por la pena. Esta acumulación de la cláusula penal compensatoria y la indemnización también compensatoria, debe estar expresada de manera clara e inequívoca en el contrato según lo requiere el artículo 1600 del C.C. o, de lo contrario, el acreedor debe limitarse a escoger entre alguna de las dos, según lo desee.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varias oportunidades, siendo uniformes sus decisiones y unificada su jurisprudencia.

En fallo de diciembre 11 de 1954, la Corte considero que:

“ Si en conformidad con la norma establecida en el artículo 1.600 del Código Civil nada impide que por estipulación las partes convengan en que se deban tanto la

pena como la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, es sencillamente porque entre lo uno y lo otro no hay contrariedad e incompatibilidad conceptual.

"La estipulación de una pena no es, en efecto, otra cosa que el avalúo previo y convencional de los perjuicios y un modo de apremio para excitar el fiel cumplimiento de las obligaciones pactadas. Si según la voluntad de las partes se incurre en la pena por el solo hecho del incumplimiento, nada impide el valor adicional del valor de los perjuicios reales demostrados en concreto y cuya causa directa se encuentre en el mismo incumplimiento del contrato. Si no se ha expresado esa voluntad, el carácter indemnizatorio de la pena, en lugar de desvirtuarse se acentúa, y por ello no hay base para decretar a la vez la indemnización de perjuicios y la pena, aunque el derecho a elegir corresponde siempre al acreedor, quien puede ejercitarlo expresa o tácitamente."⁵⁰

De la misma forma se pronunció en sentencia de octubre 6 de 1976:

"Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1.594 del C.C.); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se halla estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y

⁵⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá D.C. Sentencia de Diciembre 11 de 1954. Magistrado Ponente Dr.: José Hernández Albéales.

otro evento sí puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1.600 del C.C.)⁵¹

El objeto que tiene la cláusula penal compensatoria, es reparar integralmente el daño que se causa por el incumplimiento total de la obligación; por lo tanto, ésta integra el daño emergente y el lucro cesante, según el régimen general de la responsabilidad civil correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios. Así, por ejemplo, Juan celebra con Pedro un contrato de compraventa de un automóvil, por un precio de mil pesos, con el que pretende trabajar diariamente prestando el servicio público de transporte. Teniendo en cuenta la utilidad que representa para Juan la compra del vehículo, se estableció una cláusula penal compensatoria por el valor de 1.500 pesos, que cubre en caso de incumplimiento, el valor de la prestación que se incumplió, es decir, el valor del bien: 1.000 pesos y por el valor equivalente a la utilidad que se dejó de percibir por el incumplimiento, estimado en 500 pesos. Salvo que se haya pactado otra cosa de manera expresa en el contrato, no es posible que Juan solicite que se le entregue el vehículo y se le cancele, además, la suma de 1.500 pesos, a título de indemnización de perjuicios compensatorios, estimados anticipadamente en la cláusula penal, porque estaría recibiendo un doble pago. Sin embargo, pueden acumularse a la cláusula compensatoria, los daños y perjuicios cuando éstos tengan naturaleza

⁵¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá D.C., Octubre 6 de 1976, Magistrado Ponente Dr.: Alberto Ospina Botero.

moratoria. Por lo tanto, sólo procede cuando se trata de hechos distintos o causado en hechos diferentes, o que no resultan contemporáneos.

Es importante destacar que la estimación de los perjuicios fijados anticipadamente por las partes en la cláusula penal compensatoria, se imponen en todo caso, sobre la estimación judicial o legal que se haga de ellos, y en ningún caso le es permitido al deudor alegar que el incumplimiento de su obligación no le ocasionó perjuicios al acreedor, o que son inferiores a la pena.

Por otra parte, cuando se ha incumplido el contrato defectuosamente, el acreedor tiene derecho a la indemnización compensatoria parcial, porque ha recibido el objeto de la obligación principal en cantidad o en calidad inferior a la debida. En este caso, la pena únicamente debe comprender la diferencia entre el valor en que fue pactada y el valor que tenga por la ejecución defectuosa, es decir, que la cláusula penal debe pagarse con deducción de este último valor, según lo dispone el artículo 1596 del Código Civil: *"Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal."*

La doctrina⁵² y la jurisprudencia han considerado que existe una presunción legal que establece una regla general según la cual, si las partes no determinan la naturaleza de la cláusula penal, ésta, por regla general, tiene el carácter de compensatoria. Sobre el particular el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, en fallo del 9 de Septiembre de 1.997 se pronunció de la siguiente manera:

" Según el artículo 1594, el acreedor 'no puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio', lo cual pone de presente, que en concepto de la ley, la cláusula penal, comprende el valor de la obligación y los perjuicios provenientes de la inejecución, o mejor que aquellos son perjuicios compensatorios, lo cual no es más que una presunción porque el mismo precepto agrega: 'A menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal', eventos en los cuales se faculta al acreedor para exigir la obligación en especie y los perjuicios provenientes del incumplimiento, o sea, los moratorios."⁵³

En conclusión, la cláusula penal se presume compensatoria, excepto cuando las partes estipulan otra cosa.

⁵² ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO. Teoría de las Obligaciones. Santiago de Chile: Imprenta el esfuerzo. 1970. Pág. 137.

⁵³ COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Bogotá D.C., 9 de Septiembre de 1997, Magistrado Ponente Edgar Carlos Sanabria Melo, Pág. 6

La doctrina moderna, atendiendo al desempeño que tiene la cláusula penal en el tráfico económico, ha resaltado el carácter indemnizatorio de la cláusula penal. En efecto, el jurista Arturo Alessandri la define como la "evaluación anticipada que las partes hacen en el contrato de los perjuicios que puede experimentar el acreedor con el incumplimiento de la obligación o con el incumplimiento tardío."⁵⁴

Por su parte, los tratadistas Valencia Zea y Álvaro Monsalve, se refieren a ésta de la siguiente manera: "Los contratantes pueden evaluar los perjuicios anticipadamente en el momento de celebrar el contrato. Estos avalúos anticipados se denominan impropriamente cláusulas penales."⁵⁵

Pero, he aquí que, además de esta función, la cláusula penal también cumple un carácter compulsorio, es decir, que actúa como una amenaza que crea para el deudor la convicción de conveniencia del cumplimiento de la obligación. Dada la importancia de esta función, se creó una tesis ambivalente que reconcilia armónicamente estos dos caracteres instrumentales de la cláusula. Hugueney⁵⁶, citado por Peirano Facio, expuso por primera vez esta preposición intermedia, cuando afirmó que la "cláusula penal debe ser considerada a la vez, y según el punto de vista desde el cual se le mire, como una indemnización y como una pena. Excluir el aspecto reparador, o excluir el aspecto penal son dos posiciones

⁵⁴ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Op.Cit. Pág. 123.

⁵⁵ VALENCIA ZEA, Arturo. ORTIZ Monsalve, Álvaro. Derecho Civil de las Obligaciones, Novena Edición, tomo 3, Bogotá: Editorial Temis. Página 366.

extremas igualmente condenables: sólo una mixtura de estos dos puntos de vista proporciona la solución prácticamente deseable y teóricamente exacta."

Sin embargo, respecto a esta tesis la doctrina no ha sido uniforme en establecer cuál de estas funciones es la de mayor importancia instrumental en la cláusula penal. Entre la doctrina que da prevalencia a la función indemnizatoria se encuentra Ospina Fernandez, que al respecto dice: " Ciertamente esta es la función más importante que la cláusula penal ha tenido desde su etapa más evolucionada en Roma, y la que mayor influencia ha tenido en su organización institucional."⁵⁷ Por el contrario autores como Gasperi, consideran de mayor importancia la función punitiva, al determinar: "La cláusula penal como amenaza de la pena, obra más subjetiva que objetivamente. Su fin principal es asegurar por el temor, el cumplimiento de la obligación. Secundariamente viene a ser una liquidación anticipada de perjuicios e intereses, con miras a suprimir toda dificultad en la evaluación de perjuicios sufridos por el acreedor y su prueba y escapar de esta suerte al arbitrio del juez."⁵⁸

Respecto a esta discusión teórica, consideramos que la función compulsiva no hace parte de la esencia de la cláusula penal, por el contrario es un elemento circunstancial y eventual, que puede o no corresponder a la finalidad buscada por

⁵⁶ HUGUENEY, L' ideé de peine privée en droit temporaire, París 1.904, citado por PEIRANO FACIO, Op. Cit., pág.111.

⁵⁷ Op. Cit OSPINA FERNANDEZ. Pág.158

las partes. Una vez se ha producido el incumplimiento, el acreedor puede utilizar la cláusula como instrumento de presión para el cumplimiento de la prestación, o puede hacer uso de ella como un medio rápido de reparar los perjuicios producidos por el incumplimiento.

2 Cláusula Penal Moratoria

La cláusula penal funciona en sustitución del cumplimiento de la obligación o cuando ésta es cumplida morosamente. Cuando las partes buscan reparar los daños ocasionados por la demora en el cumplimiento de la obligación principal, se está estipulando una cláusula penal moratoria. Como la prestación se cumplió integralmente, los daños resarcibles solamente comprenden el lucro cesante, que son los que se estiman en la pena anticipadamente. En efecto, con el cumplimiento de la obligación, el acreedor pierde la posibilidad de exigir el pago de la indemnización de perjuicios correspondientes al lucro cesante, sin embargo la demora en el pago le produce un detrimento en su patrimonio por las ganancias de contenido económico o utilidades que deja de percibir, los cuales corresponden al lucro cesante que se repara por medio de la cláusula penal moratoria. El alcance de esta indemnización ha sido interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera:

⁵⁸ DE GASPERI, Luis, Tratado de Derecho Civil, Tomo II, De las Obligaciones Parte Especial, Buenos Aires: Tipografía Argentina, 1.964, páginas 562 y 563.

"Lucro o logro, del latín *lucrum*, encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo el provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es lucrativa cuando produce rendimientos a quien la ejercita."⁵⁹

Por la dificultad que presenta establecer si con el pago oportuno el acreedor efectivamente hubiera incrementado sus ganancias, la ley (artículo 1.615 del C.C.) presume que el incumplimiento siempre le causa un daño económico que debe ser reparado, si éste es causado por la demora y así se ha pactado, a través de la cláusula penal moratoria. Por lo tanto, el deudor no puede excepcionar su pago alegando que el menoscabo económico no se causó, como imperativamente lo dispone el artículo 1599 del C.C.

En el caso que nos ocupa, relacionado con la responsabilidad civil por no cumplir con las obligaciones del contrato principal en el tiempo debido, se colige que la cláusula penal establecida en el contrato principal como accesoria, tiene el carácter de moratorio. Y, como la prestación principal ha de cumplirse igualmente por ejecución forzosa o voluntariamente, le es acumulable también la cláusula penal compensatoria o la indemnización de perjuicios compensatorios.

⁵⁹ s. de n.g., 3 de agosto de 1.949, lxxvi, página 589.

La ley autoriza de manera excepcional que se demanden judicialmente y de forma conjunta la obligación principal y la cláusula penal moratoria porque, en este caso, la pena no representa la prestación en sí misma, sino que es una indemnización por el mero retardo; así lo dispone el artículo 1.594 al afirmar: "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir en tiempo la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal."

Al respecto de la acumulación de estas dos figuras el Tribunal Superior de Bogotá D.C. se ha pronunciado de la siguiente manera: " Esta intención presunta, pero desvirtuable mediante estipulación en contrario, determina en principio, que dicha obligación y la penal no son acumulables pues, de serlo, el acreedor recibirá una doble satisfacción de su derecho. Tal es lo resuelto en el artículo 1594 del Código Civil. Pero puede suceder que el pacto se refiera solamente a la indemnización moratoria, o sea, los perjuicios a que da lugar el retardo de la obligación principal, la acumulación del cobro tanto de la obligación principal y la pena sí es de recibo, según lo autoriza el citado texto legal cuando agrega: 'A menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo'."⁶⁰

⁶⁰ COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Bogotá D.C. 22 de Octubre de 1.998, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Como se observa, la ley no exige mayores formalidades para esta modalidad de cláusula, pues basta con que aparezca haberse convenido "por el simple retardo" para que ésta se configure. Por lo tanto, como no se exige que se pacte de manera expresa, en el caso de no manifestarse de forma clara la naturaleza de la pena, se debe buscar la voluntad de las partes al momento de estipularla, acudiendo al contrato en su conjunto; en este caso el tratadista Arturo Alessandri considera que "se puede deducir de las diversas cláusulas del contrato, como por ejemplo, en el caso en que la pena fuera infinitamente inferior a la obligación principal, podría presumirse que la pena se ha estipulado por el simple retardo y no para indemnizar toda la obligación."⁶¹

2.1. Exigibilidad

Para determinar el momento en que la cláusula penal es exigible judicialmente por el deudor, debemos retomar los elementos que configuran la responsabilidad civil por incumplimiento contractual.

2.1.1. La Mora

Cuando el deudor retarda total o parcialmente el cumplimiento de una obligación positiva derivada del contrato principal, el acreedor no puede hacer exigible el cumplimiento de la cláusula penal compensatoria o moratoria que se haya

estipulado en el mismo, en razón de que como éstas constituyen una indemnización de perjuicios, solamente se deberán desde que el deudor esté constituido en mora, según lo dispone el artículo 1615 del C.C de la siguiente manera: *"se debe la indemnización desde que el deudor se halle constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer desde el momento de la contravención"*. Por lo tanto, si el objeto del contrato principal consiste en una obligación de no hacer, se hace exigible la pena desde el momento de la contravención.

De lo anterior, se hace evidente que la facultad que tiene el acreedor de optar entre la cláusula penal compensatoria y la obligación principal, solamente procede cuando el deudor se haya constituido en mora; mientras tanto, sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación principal. Si se trata de una pena moratoria, solamente procede su acumulación a la obligación principal o a la cláusula penal compensatoria, cuando se encuentre en mora el deudor.

Sobre este punto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., se ha pronunciado de la siguiente manera:

"Los efectos de la cláusula penal estimatoria son los mismos que tiene la responsabilidad por incumplimiento: la indemnización de perjuicios, moratoria o compensatoria, sólo puede pedirse a partir del momento en que el deudor se halle constituido en mora, y sólo es exigible desde ese momento; la pena moratoria

⁶¹ ALESSANDRI RODRIGUEZ. Op.Cit. Pág. 137.

*correspondiente al simple retardo, puede demandarse a un mismo tiempo con la ejecución del objeto de la obligación principal. También puede reclamarse la cláusula penal compensatoria total, a la cual tiene derecho el acreedor en caso de inejecución absoluta de dicha obligación, excluyendo la posibilidad de exigir simultáneamente el pago de ese objeto."*⁶²

Como la estipulación penal, en estos casos, contiene la indemnización de perjuicios compensatorios o moratorios, ella no puede exigirse sino cuando el deudor ha incurrido en mora, pues uno de los efectos de la mora es dar lugar al cobro de los perjuicios, lo cual explica que el artículo 1595 perpetúe que: *"Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado ha abstenerse."* Esta disposición es concordante con el artículo 1615 del C.C., al referirse a los perjuicios en general, cuando son consecuencia de la responsabilidad civil contractual.

En conclusión, para que la cláusula penal sea plenamente exigible por el acreedor, requiere siempre de la constitución en mora. Los casos en que el deudor se

⁶² COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Septiembre 9 de 1.997, Magistrado Ponente Edgar Carlos Sanabria Melo

encuentra en esta situación jurídica, están determinados por el artículo 1.608 del C.C. de la siguiente manera:

"El deudor está en mora:

- 1.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera el deudor para constituirlo en mora;
- 2.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;
- 3.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."

Estas reglas se deben tener en cuenta para la exigibilidad de la obligación principal, y para exhortar también la pena, pues en razón de su carácter accesorio, su exigibilidad está supeditada a la forma en que el deudor incurre en mora de cumplir la obligación principal (Art. 1594).

De esta forma, si en la obligación principal se estipuló una época o plazo dentro del cual deben cumplirse las obligaciones, ésta y la pena se deben desde el momento en que este plazo se venció, v.gr. un contrato de compraventa en el que se estableció una cláusula penal; el plazo para cumplir la obligación principal de

entregar la cosa lo establece el artículo 1882 del C.C. de la siguiente manera: *"El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o en la época fijada en él ; la obligación de entregar la cosa o la cláusula penal compensatoria y moratoria en este caso, es desde el momento en que se ha cumplido este término.*

Concordante con lo anterior, el fallo de mayo 21 de 1996, sostiene que: *"en el caso de que la obligación sea pura y simple, como también cuando es condicional - como ocurre con la cláusula penal -, el deudor no queda constituido en mora sino a partir del momento en que haya sido judicialmente reconvenido por su acreedor, esto es, mediante la reconvenición judicial que a solicitud del acreedor hace el juez al deudor para que se pague una obligación pura y simple o condicional cuya condición ya se ha cumplido, siendo indispensables para obligaciones de estas dos clases, porque da a conocer al deudor la voluntad del acreedor de que se le pague inmediatamente una obligación que ya es exigible, y fija el momento en que el acreedor comenzará a sufrir perjuicios indemnizables."*⁶³

Sin embargo, estos requerimientos pueden ser renunciados por las partes, por tratarse de una norma de carácter dispositivo o supletivo.

⁶³ COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, 21 de Mayo de 1.996, Magistrado ponente: Edgar Carlos Sanabria Melo, página 16.

Las consecuencias que la mora produce sobre la cláusula penal, se concretan de la siguiente manera:

1. Sin la mora no es posible que se configure la responsabilidad contractual de indemnizar los daños causados con el incumplimiento, los cuales se encuentran determinados en la cláusula penal compensatoria: daño emergente y lucro cesante, y en la cláusula penal moratoria: lucro cesante.

2. La facultad que tiene el acreedor de optar entre la cláusula penal compensatoria y la obligación principal, solamente procede cuando el deudor se haya constituido en mora; mientras tanto, sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación principal.

3. Si se trata de una pena moratoria procede su acumulación a la obligación principal o a la cláusula penal compensatoria, siempre que se encuentre en mora el deudor.

2.1.2. La Culpa

Para que se comprometa la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, es menester que el incumplimiento haya sido producido con culpa. En la legislación colombiana, la culpa del deudor se presume de manera instantánea por el solo hecho de no cumplir su obligación cuando ésta

es de resultado; por lo tanto, una vez se hayan soslayado las obligaciones establecidas en la obligación principal por alguna de las partes, el acreedor no requiere demostrar que el deudor actuó con culpa para dar lugar al cumplimiento de la cláusula penal. Por el contrario, el acreedor debe demostrar la culpa del deudor cuando la obligación que incumplió es de medios.

La Corte Suprema de Justicia, en providencia de octubre 7 de 1977, estableció que:

*"La estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho de exigir la pena establecida por el sólo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal, hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Artículo 1.604 del C.C.); en tercer lugar evita la controversia de la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor."*⁶⁴

Sin embargo, cuando la obligación ha sido incumplida por el deudor con dolo, la prueba de éste recae sobre el acreedor (Art. 1516 del C.C.) y tiene importantes consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil. Si la cláusula penal constituye una estimación anticipada de los perjuicios que las partes prevén se

⁶⁴ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá D.C., Octubre 7 de 1.976, Magistrado ponente: Alberto Ospina Botero, Gaceta Judicial CLII, página 450.

pueden causar como consecuencia del incumplimiento, en caso de que se pruebe el dolo en la conducta del contratante que incumple, se deberán por éste los perjuicios que sobrepasan la cláusula penal y que no fueron previstos por las partes al momento de celebrarse o estipularse la pena. La responsabilidad de quien actúa con culpa o con dolo no tiene el mismo alcance en el ordenamiento jurídico; en efecto, el artículo 1616 del Código Civil establece: *"Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento."* Es decir, que si el deudor con culpa causa perjuicios por el incumplimiento, deberá al acreedor pagar únicamente los directos previsibles o previstos, y, si es dolosa su conducta, deberá los perjuicios directos previsibles y los que eran imprevisibles por las partes al momento de celebrarse el contrato.

Al respecto, el tratadista argentino Alfonso Álvarez, al explicar los inconvenientes que en la actualidad presenta la cláusula penal, se manifiesta de la siguiente manera: " Cuando el incumplimiento de la obligación ha sido doloso, la necesidad de su justificación, a los fines de vulnerar la 'inmutabilidad' y obtener una reparación integral, convierten en inútil la existencia de tal cláusula, que tenía por propósito evitar la probanza del daño, sustituido por el monto de la penalidad preestablecida y de común acuerdo.

"Ante tales dificultades, obviamente, en los tiempos presentes ha sido mucho más práctico, menos engorroso para el andamiaje ulterior de la acción judicial, omitir las cláusulas penales especialmente en los contratos de locación."

Posteriormente, el mismo autor afirma:

"En el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa, vencido el contrato de locación, nos encontramos frente a un acto culposo, en el que juega el principio de inmutabilidad - relativa - de la cláusula penal. Aunque es poco probable, en el caso de presentarse el incumplimiento doloso de restituir el inmueble, el deudor no puede prevalerse de la inmutabilidad de la cláusula penal. En lo atinente al tema que nos ocupa, al reclamo de los daños e intereses emanados del incumplimiento de las obligaciones que 'no tienen por objeto sumas de dinero', como en las de dar cosas ciertas o restituir inmuebles, el valor del daño computable a fin de su resarcimiento se extiende más allá del contenido de la cláusula penal. Nuestro código llama a la reforma, a este tipo de incumplimiento obligacional como inejecución 'maliciosa'. En aplicación de este principio, se ha dicho que no juega el importe de la pena como tope máximo de la responsabilidad del deudor, cuando este actúa con dolo en la inejecución de la obligación restitutoria. Por ello el deudor responderá por el monto de la cláusula penal convenida y por el daño adicional en los términos del artículo arriba citado, en razón del dolo o malicia."⁶⁵

⁶⁵ SALVADOR ALVAREZ, Alfonso. Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Albadeo Perrot, Pág. 213, 214, 215, 295

3. Cláusula Penal Punitiva

Teniendo en cuenta la finalidad que tienen las partes al momento de constituir la cláusula penal, ésta tendrá el carácter de punitiva si aquéllas buscan que, especialmente, constituya una presión para que el acreedor cumpla la obligación principal. Esta modalidad es evidente del texto del artículo 1594 cuando dice: *"o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal"*, y cuando se estipula sin perjuicio de la indemnización de perjuicios. Por lo tanto, como esta cláusula punitiva tiene un contenido estrictamente sancionador, nada impide que las partes puedan demandarla conjuntamente con el cumplimiento de la obligación principal y la cláusula penal moratoria, o solicitar su cumplimiento con el de la cláusula compensatoria al tiempo que la moratoria.

Esta cláusula tiene una doble función, según el momento en que se encuentre el contrato principal: si sus prestaciones no se han incumplido, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación y una vez se ha incumplido busca punir al deudor al pago de la pena. En estricto sentido, es una sanción que se orienta sólo a castigar una conducta antijurídica: el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por su importancia y claridad, nos parece conveniente destacar la posición de la jurista española Ana Maria Sanz Viola al decir "a pesar de que la cláusula penal supone siempre alguna desventaja o perjuicio para el deudor y, precisamente de ahí viene su denominación cláusula penal, recibida de la jurisprudencia romana (*stipulatio poenae*), esto no quiere decir que represente una verdadera función punitiva, represiva, ya que el Derecho moderno no admite las penas privadas y el *ius puniendi* queda reservado al Estado. La pena pecuniaria que estudiamos en este trabajo no es una auténtica pena privada sino simplemente una sanción, en el sentido de consecuencia de incumplimiento."⁶⁶

No obstante la anterior observación, alguna doctrina nacional considera que la cláusula penal pecuniaria representa una verdadera pena para el deudor.

En efecto, el tratadista Jorge Suescún Melo considera que se "debe admitir el carácter sancionatorio de la cláusula penal como una pena impuesta por los particulares contratantes, quienes con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual, la voluntad de las partes de obligarse a la pena es ley a la cual deben someterse. Los elementos que configuran esta pena de carácter privado son:

“1. Deber de cumplimiento. Es la situación jurídica en que se colocan las partes de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato y el cumplimiento de la

⁶⁶ SANZ VIOLA. OP.Cit. Pág. 21.

pena, con fundamento en su autonomía de la voluntad privada. Esta autonomía esta sujeta a la ley, debe respetar el orden público y las buenas costumbres.

“2. Daño antijurídico. El incumplimiento de las obligaciones contractuales produce el deber de reparar el daño por la parte incumplida.

“3. La pena. Imposición sancionatoria de origen contractual, por la cual se castiga el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato. Esta pena debe ser proporcional a la vulneración contractual del deudor.”⁷⁶

Esta posición, respecto a la naturaleza jurídica de la pena o sanción que impone la cláusula penal punitiva, tiene su fundamento sociológico en que la pena surge de la necesidad de regular la convivencia de los hombres. El quebrantamiento de alguno de los deberes legales o contractuales que se imponen a los sujetos que viven en sociedad, siempre debe dar lugar a una sanción, si los incumple por dolo o culpa, sanción que en el ámbito civil, es la reparación del daño.

Según la naturaleza de las partes que intervienen en la formación de la cláusula penal, podemos diferenciar a la cláusula penal pecuniaria.

⁷⁶ SUESCUN MELO. OP.Cit. Pág.156-157

CAPITULO VII

COMPARACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL CON OTRAS FIGURAS AFINES

1. Con las Obligaciones Alternativas.

De conformidad con él artículo 1556 del Código Civil, la obligación alternativa *"es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras"*.

Ospina Fernández⁶⁷, las define como: "aquella que tiene por objeto varias prestaciones, de manera que la ejecución de una de ellas exonere al deudor de la ejecución de las otras. La obligación alternativa puede tener por objeto varios hechos, varias daciones o varias abstenciones, y hasta una combinación de unas y otras.

" Por regla general, en las obligaciones alternativas el deudor tiene derecho de elegir la prestación cuya ejecución ha de solucionar la obligación. Sin embargo, excepcionalmente, este derecho corresponde al acreedor, en las dos hipótesis siguientes: la primera, cuando así se ha pactado en el contrato (Art. 1557C.C.), y

⁶⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Op.Cit. Pág. 262.

la segunda, cuando el deudor no elija dentro de los cinco días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el cual se libraré en forma alternativa”⁶⁸.

Si la cláusula penal se pacta por la sola mora o sin perjuicio de la obligación principal, el acreedor tendrá acción para exigir una y otra en la obligación alternativa, y el deudor no puede ser obligado a satisfacer los varios objetos en que ésta consista.

La diferencia entre la cláusula penal y las obligaciones alternativas es evidente, por varias razones:

“Cuando se habla de obligaciones alternativas, se está haciendo referencia a un solo vínculo obligacional con diferentes prestaciones, en tanto que en el contrato con cláusula penal hay, al menos, una obligación principal (única que el acreedor tiene derecho a exigir) y una obligación accesoria. Aparte de ello, mientras en las obligaciones alternativas la pérdida fortuita del objeto de una de las prestaciones no constituye causa de extinción de la obligación con cláusula penal los casos (determinante de incumplimiento) exime de responsabilidad al deudor”⁶⁹.

⁶⁸ Código de Procedimiento Civil. Artículo 496. “Si la elección es alternativa y la elección corresponde al deudor, deberá pedirse en la demanda que el mandamiento ejecutivo se libere de forma alternativa que el título o la ley establece, manifestándose cuál prefiere el ejecutante. E juez, en el mandamiento ejecutivo, ordenará al ejecutado que dentro de los cinco días siguientes a su notificación, cumpla la obligación que elija; si no cumpliere ninguna de ellas, el proceso continuará por la obligación escogida por el ejecutante”.

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 69.

La cláusula penal es accesorio; el deudor no puede pretender pagar la pena en vez de cumplir de la obligación principal (Art. 1594 C.C.). Además, en la cláusula penal, en los casos en que así se pacte, el acreedor puede pedir al mismo tiempo la obligación principal y la pena; por el contrario, en las obligaciones alternativas, una vez hecha la elección de prestaciones, desaparece la otra posibilidad.

Además esta característica de accesoriedad de la cláusula penal la subordina a la obligación principal de forma tal, que la nulidad o ilicitud de la obligación principal acarrearía inevitablemente la de la cláusula penal. Discrepa esta posición en lo establecido para las obligaciones alternativas en las que si una de las cosas prometidas no podían ser objeto de la obligación "imposible o ilícito", subsiste la obligación alternativa, sobre la otra cosa que se debe. (Art. 1560 C.C.)

En la obligación alternativa, desde el momento de la formación de la obligación, el deudor tiene la posibilidad de escoger la prestación con la cual va a satisfacer la obligación; en cambio, en la cláusula penal, en el momento de hacerse el contrato, el deudor sólo debe una prestación. Del incumplimiento del deudor surge, para el acreedor, una especie de alternativa ya que puede optar entre exigir al deudor el cumplimiento de la obligación principal o la pena.

En las obligaciones alternativas se debe pagar y ejecutar en su totalidad una sola cosa, de las debidas (Art. 1557 C.C.). En cambio en las obligaciones con cláusula

penal el deudor puede ejecutar o pagar parcialmente la obligación principal, y estar obligado a pagar la pena, con una reducción proporcional. (Art. 1596 C.C.)

En las obligaciones alternativas el deudor puede destruir o enajenar cualquier cosa que alternativamente deba , siempre y cuando subsista una para pagar lo adeudado. (Art. 1559 C.C.) Esta posibilidad no se da en las obligaciones con cláusula penal, ya que solo se debe la prestación de la obligación principal, la pena solo se debe en caso de retardo o incumplimiento de la obligación principal.

2 Con las Obligaciones Facultativas

El Art. 1562 la define como: *"la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa"*.

En la cláusula penal existen dos objetos: el de la obligación principal a la que accede y el suyo propio; en cambio, en la obligación facultativa existe un solo objeto que es el de la obligación contraída pero, en el momento del pago, el deudor debe elegir para cancelar o la cosa que se debe, u otra que se ha designado en el contrato como medio de solucionar la obligación.

Esta especie de obligaciones se caracteriza por tener un solo objeto debido, pues el otro u otros objetos que el deudor puede pagar en lugar de aquél, no entran en la obligación, sino que apenas constituyen medios de liberación.

En las obligaciones facultativas, el acreedor solo puede demandar la prestación principal. (Art. 1563 C.C.), y solamente el deudor puede usar la facultad de ofrecer en pago una distinta. En las obligaciones con cláusula penal, el acreedor solo puede demandar la prestación principal y en caso de incumplimiento puede demandar la prestación principal y la pena. (Cuando se ha estipulado así entre los contratantes).

Se asemejan la cláusula penal y las obligaciones facultativas, en que en ambas existe un solo vínculo jurídico, un solo objeto debido y, por tanto, su perecimiento por caso fortuito determina la extinción de la obligación, aunque el objeto de la obligación penal o de la prestación permanezca.

3 Con la Fianza

Arteaga Carvajal define la fianza como “el contrato por medio del cual un tercero se compromete para con un acreedor a cumplir la obligación del deudor si este no la cumple”.

El artículo 2361, la define:

"La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple" (Art. 2361 C.C.).

De la lectura del artículo anterior, podemos extraer que la cláusula penal y la fianza son instituciones totalmente distintas; mientras que en la primera es el apremio que le hace el acreedor al obligado, la segunda hace necesaria la intervención de un tercero distinto del obligado para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Dentro de esta acepción amplia de fianza se admite la fianza impropia o caparra, denominada entre nosotros como "depósito de dinero en garantía", regulada en el artículo 1173 del Código de Comercio.

"Cuando se deposite una suma de dinero en garantía de cumplimiento de una obligación, el depositario sólo estará obligado a hacer la restitución en cuanto al exceso del depósito sobre lo que el deudor deba pagar en razón del crédito garantizado".

Esta fianza impropia es constituida mediante la entrega por el deudor principal al acreedor de una determinada cantidad de dinero para responder por el

cumplimiento de una obligación. Se admiten como efectos fundamentales de la misma la aplicación de la garantía al pago de la deuda en caso de incumplimiento y la restitución de una cantidad igual a la recibida en caso de cumplimiento. La diferencia entre esta fianza impropia y la cláusula penal puede presentarse muy dudosa; por tanto, la jurisprudencia y la doctrina han distinguido las dos figuras.

La fianza impropia supone una entrega efectiva de dinero y la cláusula penal una promesa para el caso de incumplimiento.

Una vez cumplida la obligación garantizada, en la fianza impropia el acreedor devolverá la cantidad recibida; en la cláusula penal, por el contrario, el deudor queda liberado de cumplir la prestación penal frente al acreedor.

4 Con la obligación condicional

Barrera tapias⁷⁰ define la condición como “el hecho futuro e incierto al cual se sujeta el nacimiento o extinción de una obligación.

El artículo 1530 del Código Civil la define así:

“Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”.

En la obligación con cláusula penal existe una obligación primitiva que subsiste por sí misma (obligación principal), a la que la cláusula penal se une siendo ésta siempre condicional porque depende, para que exista, de la no-ejecución o del retardo en la ejecución de la obligación principal por parte del deudor. En cambio, en la obligación condicional no existe obligación sino con el advenimiento de la condición que, en este caso, será suspensiva, la cual es definida por nuestro Código Civil en su artículo 1536 en los siguientes términos: *"la condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho..."*, es decir, que el cumplimiento de esta condición produce el nacimiento de la obligación, pero para que esto suceda esta condición deberá tener las siguientes características:

"Si es una condición suspensiva positiva debe ser física y moralmente posible (Art. 1532 C.C.), además de inteligible para que no se tenga por fallida y por lo tanto su cumplimiento origine el nacimiento de la obligación. (Art. 1537. Numeral 1 C.C.).

"Si es una condición suspensiva negativa se deben distinguir dos situaciones. La primera, si es físicamente imposible la condición no produce efecto alguno (Art. 1533 C.C.), y segundo, si es legal y moralmente imposible se anula obligación" (Art. 1533 C.C.).

⁷⁰ BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. Las Obligaciones en el Derecho Moderno. En: La Revista Colección

Una vez incumplida la obligación principal, el acreedor puede exigir la pena, en tanto que en la obligación condicional no puede exigirse el cumplimiento del hecho condicionante.

“Se llama condición potestativa aquella cuyo acaecimiento depende de la voluntad de una de las partes . No debe confundirse la condición potestativa simple con la llamada potestativa pura en la cual el hecho futuro e incierto es la voluntad de una de las partes.

“El efecto es diametralmente distinto, en la medida en que la potestativa pura no es susceptible de ser admitida como condición cuando esa voluntad a que se sujeta la existencia de la obligación es la de deudor.

Ello se explica del hecho de que uno de los elementos básicos de la obligación es la de poder constreñir al deudor a cumplir la prestación y, en consecuencia, resulta contradictorio dejar librada la posibilidad de dicho constreñimiento a la voluntad del obligado.

“ La condición suspensiva es aquella que sujeta el nacimiento de la obligación, de suerte que esta última no existe mientras el hecho futuro e incierto no ocurra. Art 1530 C.C.

Mientras la condición se encuentra pendiente, la obligación no ha nacido, con las siguientes consecuencias:

- En primer lugar, puesto que la obligación no existe, es lógico inferir que el acreedor no puede intentar la acción.

- En segundo lugar, si el deudor paga pendiente la condición, paga lo que no debe y puede repetir a través de la acción *in rem verso*.

“Al cumplirse la condición suspensiva nace la obligación y, lo que es más, para la mayoría de sus efectos se entiende que ellos se producen *ex nunc*, esto es, desde el momento mismo en que se produjo la situación jurídica que generó la obligación condicional. En efecto, es desde ese momento y solo a partir de él, que el acreedor puede exigir el cumplimiento o requerir en mora al deudor si es el caso, y también a partir de la ocurrencia del hecho es que empieza a contarse el término de la prescripción extintiva”.

De lo expuesto anteriormente sobre la condición suspensiva, se puede aplicar a la cláusula penal, en la cual nace la obligación penal en el momento en el cual se da el incumplimiento por parte del deudor de la obligación principal, por lo tanto está obligación se debe hasta el momento de la ocurrencia del hecho, en este caso el incumplimiento del deudor.

Ospina Fernández⁷¹ considera la cláusula penal como una obligación condicional que surge como una característica de la cláusula penal, "la cual surge de la propia definición legal que subordina el pago de la pena al incumplimiento o al retardo de la obligación principal (Art. 1594). Tratase, por tanto, de una condición, ya que al

⁷¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Op.Cit. Pág. 142.

tiempo de pactarse la cláusula penal, no se sabe si el deudor habrá de cumplir o no esa obligación principal en la forma y tiempos debidos (Art. 1530 C.C.).

"La referida condición, aunque aparentemente siempre es negativa por cuanto su enunciado genérico se refiere al incumplimiento de la obligación principal, en realidad ella puede ser positiva o negativa inversamente al objeto de esta obligación; si este objeto es de dar o de hacer, la condición que modaliza la obligación penal es negativa, porque ella se realiza cuando el deudor no da o no hace (Art. 1531); y, a la inversa, si la obligación, principal es de no hacer, la condición es positiva, porque se cumple cuando el deudor ejecuta el hecho prohibido.

" La condición de que se trata es suspensiva porque la obligación penal a ella subordinada no nace ni se hace exigible sino por el cumplimiento de esa condición. (Art. 1536 C.C.). Por ello dispone el artículo 1594: " *Antes de constituirse el deudor en mora (si la obligación es positiva) no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...*", esto es claro la obligación penal todavía no ha nacido. Y aquí la obligación principal es negativa, mientras el deudor no realice el hecho prohibido, el acreedor tampoco puede exigir la pena, porque, según, las voces del artículo 1595, en esta solo incurre (*desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse*)"

5 Con las Arras

La legislación civil colombiana establece dos clases de arras, las primeras las llamadas arras penitenciales y las segundas las arras confirmatorias. Además, en el artículo 1932 C.C. le da cabida a las arras penales.

Bonivento Fernández⁷² define las arras como “la suma de dinero u otra cosa que uno de los contratantes entrega a otro como garantía de la celebración o ejecución de la venta o como prueba de su celebración”.

Entendemos por arras penitenciaras o penitenciales aquellas que se dan para tener derecho a retractarse de la celebración o de la ejecución de un contrato. Se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse, el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas (Art. 1859 C.C.).

Y, las segundas, las confirmatorias son las que se dan expresamente como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes ... (Art. 1861 C.C.)

De la lectura de los artículos anteriores podemos extraer que las arras tienen una doble función: la primera, es la de servir de prueba de la celebración del contrato,

⁷² BONIVENTO FERNÁNDEZ. José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, 6 edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.1983. Pág. 40.

y, la segunda, es la de dar la posibilidad a las partes de retractarse de la celebración o ejecución del contrato.

José Alejandro Bonivento⁷³ define las arras así:

"Las arras del artículo 1859 son conocidas con el nombre de arras penitenciaras, pues en ellas se manifiesta un caso de ejercicio del llamado *ius poenitentis*, o sea, un derecho o facultad de arrepentimiento, cuyo efecto consiste según lo anota Francesco Messineo, en volver a su estado anterior una situación precedente, o impedir el nacimiento de una situación nueva, es decir evitar el efecto del acto revocado.

"Las arras confirmatorias, contempladas en el artículo 1861, se dan como parte de pago de la relación obligacional, por lo tanto no hay lugar a retracto y la parte que se allana a cumplir puede exigir del otro, el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios".

Las arras penitenciales, por posibilitar el arrepentimiento de las partes, no hacen relación al quebrantamiento de una obligación sino al uso de una facultad legal y convencional; por otra parte, la cláusula penal prevé para el incumplimiento o el cumplimiento tardío o irregular, el pago de la pena (Art. 1594 C.C.).

Aunque esta categoría de arras presenta grandes semejanzas con la cláusula penal, se diferencia en que en la cláusula penal con el pacto expreso hecho por las partes, permite que el deudor se libere de la obligación principal pagando la pena; así mismo, difiere la cláusula penal de las arras penitenciales, en que en las últimas se da una facultad bilateral y recíproca, ya que se concede la opción de retractación a ambas partes.

Además, las arras cumplen con la característica de todas las arras, la potestad de arrepentimiento de las partes, lo cual se ve reflejado en la entrega efectiva y previa de la suma estipulada.

"La resolución de venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigir las dobladas, y además para que se restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiese sido pagado.

"El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio".

La cláusula penal y las arras penales presentan grandes semejanzas, ya que coinciden sus fines, y se suelen equiparar; aunque la diferencia existente es que la cláusula penal contiene una promesa de una prestación en caso de

⁷³ BONIVENTO FERNÁNDEZ. Op.Cit. Pág. 47.

incumplimiento (una obligación para el futuro), y, en las arras ya hay una dación actual de una suma de dinero o de cualquier otra cosa.

En Colombia, la jurisprudencia ha aceptado esta tercera categoría de arras, las llamadas arras confirmatorias penales. Se sostuvo por primera vez dicha tesis en la sentencia del 6 de junio de 1955⁷⁴, y se ha mantenido en la jurisprudencia a través de fallos posteriores.

De la sentencia del 11 de diciembre de 1978, se extrae lo siguiente:

"De las tres especies de arras mencionadas, de dos de ellas se ocupa en concreto el derecho civil colombiano, pues los artículos 1859 y 1861 del código de la materia permiten deducir que quedaron regladas las denominadas arras simplemente confirmatorias y las de retractación o desistimiento... A pesar de que la legislación civil no se ocupó específicamente de las denominadas "arras confirmatorias penales", no por ello la jurisprudencia nacional se desentendió de esta especie, pues por el contrario, ha venido sosteniendo que cuando quiera que los contratantes acudiendo al principio general de la soberanía o la libertad contractual, deciden en una de sus convenciones pactar dicha modalidad de arras,

⁷⁴ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de Junio de 1955. en la Gaceta Judicial, tomo LXXX, Pág. 407.

se les aplicaran a tal acuerdo las normas de las obligaciones con cláusula penal, por la sustancial afinidad existente entre ambas instituciones".⁷⁵

En realidad, a esta clase de arras es a la que se refiere el artículo 1932 del Código Civil en su inciso primero, cuando dice:

La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigir las dobladas, y además para que se restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada..."

⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 409.

CAPITULO VIII

REDUCCIÓN DE LA PENA.

La cláusula penal es un pacto accesorio al contrato y, como tal, proviene de la voluntad de las partes y, por lo tanto, según nuestra legislación civil, es ley para los contratantes: *“Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* (Art. 1602 C.C.). La ley, por medio del artículo 1601 C.C., ha modificado este principio y ha establecido excepciones al dar al juez, en ciertos casos, un papel activo, y lo ha autorizado para supeditar la voluntad de las partes y rebajar la cuantía de la pena, cuando ésta le parece enorme.

Perilla Castro⁷⁷ resalta la importancia del tema en la siguiente manera:

"La proporcionalidad supone que hay un nivel máximo hasta el cual puede sancionarse el incumplido, que se encuentra en directa relación con la cuantía de la obligación principal.

"Este máximo es fijado por la ley con base en las prestaciones surgidas del contrato, que como acuerdo de las partes les permite pactar derechos y

obligaciones, distribuir riesgos y privilegios y prever la extensión de su responsabilidad. Las penas que excedan estos límites de ley, son calificadas como penas enormes.

" Los límites de la pena pactable por los contratantes son de orden público ya que evitan una excesiva carga para el deudor con un correlativo enriquecimiento injustificado del acreedor. El interés que el derecho ha puesto sobre tales límites, es evidente en el poder de moderación del juez, los califica como normas imperativas y por lo tanto, lo que sobrepase la cláusula penal de estos límites debe calificarse como viciado de nulidad absoluta por contravenir una norma imperativa, que permite al juez declararla de oficio".

Nuestra legislación civil prevé algunos casos en los cuales le es dable al deudor solicitar la reducción de la pena, bien sea a su acreedor o al juez.

1 Reducción de la pena por pago parcial de la obligación principal.

El Código civil, en el artículo 1596, prevé la rebaja en la pena de la siguiente forma:

⁷⁷ PERILLA CASTRO, Carlos Andrés. La Cláusula Penal. En: Temas Jurídicos 11. Revista de Investigación y Análisis de la facultad de jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1997 Pág. 82.

" Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se le rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal".

La naturaleza de la obligación principal, según ésta sea divisible o no, determina si es aplicable la regla impuesta por el artículo 1596 C.C. Si la obligación principal versa sobre un objeto natural o jurídicamente divisible, la pena también lo será. El artículo 1581 define las obligaciones divisibles e indivisibles, así:

" La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota".

Cuando en la obligación sólo hay un acreedor y un deudor, sobra preguntarse si ella es divisible o indivisible, pues es claro que el deudor debe ejecutarla totalmente y no puede obligar al acreedor a recibir su pago por partes, según lo dispone el artículo 1649 del Código Civil: *"El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales".*

Entonces, si el acreedor acepta el pago parcial que le haga el deudor de la obligación principal, éste tendrá derecho a exigir al acreedor la rebaja de la pena, por el incumplimiento parcial de la obligación principal.

Esta posición es compartida por Perilla Castro⁷⁸, en la siguiente forma: "Puede reducirse la cuantía de la pena, si el deudor ha cumplido de forma parcial la obligación. La razón de ser de esta modificación de la cláusula penal, prevista por el Art. 1596 del C.C., estriba en que el acreedor sólo está llamado a recibir la prestación determinada y no puede ser obligado a recibir pagos parciales o cosas diferentes a las convenidas, aún sean de mayor calidad o valor.

“ En caso de aceptar el acreedor un cumplimiento parcial del deudor, es porque su intención es concederle un beneficio y aminorar los efectos perjudiciales que le acarrea el incumplir. Con base en este razonamiento, es consecuente afirmar que en caso de incumplimiento parcial de la obligación, el acreedor ha querido beneficiar al deudor y, por ello, la pena no se aplica en su integridad, sino que se rebaja en forma proporcional al incumplimiento.

"Esta reducción no es automática y procede si la obligación es divisible y puede saberse que parte de la obligación fue cumplida y, además, si dicho comienzo de ejecución reporta interés al acreedor, toda vez que puede suceder en aquellos casos de ejecución escalonada o enterada por diversas etapas, que en el nivel de cumplimiento hasta el cual avanzó el deudor no le aporte beneficio al acreedor, y por el contrario le cause perjuicio. En este caso el perjuicio vulnera el interés del acreedor y la pena se debe toda.

⁷⁸ PERILLA CASTRO. Op.Cit. Pág. 83.

"Por la redacción que el Código Civil expone sobre la reducción de la pena cuando hay cumplimiento parcial, se estima necesaria la petición de parte, sin que proceda la facultad oficiosa del juez. Si bien para el acreedor no es obligatorio aceptar el pago parcial o de cosa distinta a lo prometido y puede realizarlo, el deudor debe alegar esta aceptación parcial ante el juez para lograr la reducción".

El Código de Comercio, en el artículo 867, ha regulado el tema así:

*"Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor que tenga en que se cumpla la obligación. **Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte**"(Hemos destacado).*

El Consejo de Estado en la sentencia de octubre 20 de 1995, al respecto ha manifestado lo siguiente:

" La ley se preocupó en estos casos por salvaguardar la justicia frente a las consecuencias y efectos de la cláusula penal pecuniaria en cuanto éstos hacen alusión a la indemnización de perjuicios, pues es bien conocido que la cláusula en comento reviste además de carácter de persuasión al cumplimiento y de garantía de las obligaciones contractuales. En principio, entonces, "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por

el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio" (Art. 1599 del C.C.), lo cual releva al acreedor de la carga de probar el perjuicio que estaría a su deber en condiciones normales, es lo que se conoce como el efecto evaluativo de la cláusula penal. La excepción que - se repite- obedece a criterios de justicia, prescribe que si bien la cláusula penal actúa como mecanismo de evaluación del daño, sin necesidad de pruebas adicionales, cuando el deudor ha cumplido parcialmente la obligación y ha sido recibida por el acreedor, el juzgador reducirá su monto atendiendo a la equidad".⁷⁹

La legislación civil española establece una norma similar a la colombiana, en el artículo 1041, que dice:

" El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el acreedor".⁸⁰

El tratadista español Lino Rodríguez-Arias⁸¹ al respecto afirma lo siguiente:

"Como interés del acreedor ha de tenerse en cuenta, no sólo el daño patrimonial demostrable que haya sufrido por la infracción contractual, sino también aquellos otros daños no demostrables, pero verosímiles, que se suelen producir, sobre

⁷⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de octubre de 1995. Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

⁸⁰ ESPAÑA. Código Civil. Artículo 1041.

todo, en las obligaciones de concurrencia, así como el peligro que para el acreedor supone la posibilidad de nuevas infracciones contractuales. Por tanto ha de tenerse en cuenta, no sólo el interés patrimonial, sino todo interés legítimo, incluso de afección, que para el acreedor suponga el cumplimiento del contrato; pues la pena convencional sirve muchas veces de sanción para obligaciones sin valor patrimonial.

"Para la reducción de la pena deberán tenerse en cuenta, asimismo, la gravedad de la infracción contractual, el grado de culpa del obligado, las ventajas que para el deudor suponga la infracción del contrato y, excepcionalmente, la situación económica y la solvencia de las partes contratantes. El derecho de reducción de la pena tiende a proteger la personalidad del deudor, y, por tanto, como derecho imperativo que es, no puede excluirse de antemano por renuncia del deudor, del mismo modo que no puede renunciarse válidamente a hacer valer los vicios de la voluntad del contrato; porque el derecho de reducción de la pena forma parte del orden público".

2 Reducción de la pena por cláusula penal enorme.

El Art. 1601 del Código Civil dispuso lo siguiente:

⁸¹ RODRIGUEZ-ARIAS. Op.Cit. Pág. 172.

“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

“La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

“En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

“En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias parece enorme”.

De la redacción del artículo 1601 del Código Civil, podemos analizar tres eventualidades: la cláusula penal enorme en los contratos conmutativos, en el mutuo y en las obligaciones de valor indeterminado, las cuales vamos a ver a continuación.

2.1. En los contratos conmutativos.

2.1.1. Reducción de la pena en el Código Civil

La Cláusula Penal, como se ha señalado, se asienta en el principio consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, que concede a lo convenido por las partes, el valor de la ley misma.

Sin embargo, esta inmutabilidad contractual no es absoluta, pues tiene una excepción en lo referente al monto o cuantía de la pena, puesto que el juez está facultado a rebajarla cuando existe una desproporción entre ésta y la obligación principal, es decir, cuando en concepto de la ley se configura la lesión enorme de la pena.

El artículo 1601, en su primer inciso dispone lo siguiente: *“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él”.*

En relación con lo establecido en esta norma, el tratadista Ospina Fernandez,⁸² opina lo siguiente: "Infiérase de los términos de esta regla de índole excepcional que ella sólo es aplicable a los contratos conmutativos, o sea a los que generan obligaciones recíprocas entre las partes y que se miran como equivalente; que la obligación principal a que la pena se refiere ha de tener un objeto apreciable en una suma determinada de dinero; y en fin, que la pena también ha de consistir en el pago de otra cantidad pecuniaria determinada.

" La regla comentada, no tiene cabida: ni en los contratos unilaterales que sólo producen obligaciones para una de las partes; ni en los contratos gratuitos, por estar ellos precedidos por el ánimo de liberalidad que excluye la equivalencia en la utilidad; ni en los contratos que no contienen obligación principal apreciable en dinero o pena que tampoco consista en pagar una cantidad de éste"

Según Pérez Vives⁸³, para que la cláusula penal sea lesiva, deben cumplirse, las siguientes condiciones:

a) "Que no se trate de arras o de alguna cláusula limitativa de la responsabilidad de una de las partes.

⁸² OSPINA FERNANDEZ. Op.Cit. Pág. 151, 152.

⁸³ PEREZ VIVES. OP.Cit. Pág. 150.

- b) "Que el contrato sea conmutativo. No otra cosa significa la equivalencia de la cantidad determinada con la prestación de la contraparte, de que trata el texto transcrito.

- c) "Que la pena consista en el pago de una cantidad determinada o determinable, como resultado de la mora del deudor.

- d) "En el primer caso, que la pena exceda al duplo de la obligación principal, comprendía ésta en él".

Así mismo, el jurista francés, Pothier⁸⁴, en su Tratado de las Obligaciones, aborda el tema diciendo que "La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando parezca excesiva.

" Este principio lo deducimos de una decisión de Dumoulin⁸⁵, de su tratado *De eo quod interest*. El lo funda, en que la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación. Pues – dice- de la misma manera, que cuando el acreedor hace subir a una suma excesiva los daños y perjuicios que pretende sufrir de la inejecución de la obligación, el juez ha de reducirla, y que la ley única no permite que exceda el doble valor de la cosa que constituye el objeto de la obligación primitiva; de la

⁸⁴ POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1960. Pág. 212.

misma manera cuando la pena estipulada en lugar de daños y perjuicios, es excesiva, debe reducirse; pues esta pena puede muy bien, a la verdad, exceder la suma a que suben los daños y perjuicios, y aun ser debida en el caso aquel en que el acreedor no los sufriera, por lo mismo que es estipulada para evitar la discusión de hecho, si el acreedor ha sufrido efectivamente, cuanto sube lo que ha sufrido; pero teniendo en cuenta los daños y perjuicios del acreedor, pues es contraria a su naturaleza el que pueda llevarse más allá de los límites de lo que la ley prescribe para la indemnización de daños y perjuicios. Si la ley antes citada los restringe, y no permite que se pretendan *ultra duplum*, aun en el caso según el cual la inexecución del contrato habría efectivamente causado una más grave pérdida al acreedor, que por ese medio se encuentra *versari in domno*, con mayor razón debe moderar la pena excesiva por la cual el deudor se ha sometido enteramente, cuando el acreedor no ha sufrido pérdida alguna, o que si la ha sufrido, está muy por lo bajo de la pena estipulada, y por consiguiente, en el caso en que *certat de lucro captando*”.

“Cuando un deudor se somete a una pena excesiva, en caso de inexecución de la obligación primitiva que él ha contratado, hay lugar a presumir, que es la falsa confianza de que él no faltara a esta obligación primitiva, la que le lleva a someterse en una pena tan excesiva; que él dice no comprometerse a nada, al someterse a la misma, por cuanto esta disposición de no someterse a ella si creía que el caso de esta pena podía llegar; que así el consentimiento que él da a la

⁸⁵ DUMOULIN, citado por POTHIER, R, J. Op.Cit. Pág. 212.

obligación de una pena tan excesiva, siendo un consentimiento fundado en un error y en una ilusión que se ha hecho, no es un consentimiento válido; por esto estas penas excesivas deben reducirse al valor racional a que pueden subir lo más alto los daños y perjuicios que resultarían de la inexecución de la obligación primitiva. Esta decisión ha de tener lugar en los contratos conmutativos, por cuanto la equidad que debe reinar en esos contratos, no permitiendo que una de las partes se enriquezca a expensas de la otra, sería contrario a que el acreedor se enriqueciera a expensas del deudor, exigiéndole una pena demasiado excesiva y de un modo manifiesto superior al daño sufrido por la inexecución de la obligación primitiva. Esta decisión igualmente ha de tener lugar en las donaciones”.

A continuación, Arturo Alessandri explica el tema:

“La ley otorga al deudor el derecho de pedir que se rebaje la pena en todo lo que exceda al duplo de la obligación principal, incluyendo ésta, es decir, la obligación principal, en él, esto es, el duplo. Esto significa que el deudor tiene derecho a pedir que la pena se rebaje a una cantidad igual al doble de la obligación principal, es decir, la pena debe consistir en una suma igual a la obligación principal multiplicada por dos, o sea en una cantidad igual al doble de la obligación principal. Todo lo que exceda el doble el deudor tiene el derecho a pedir al juez

que la rebaje, y aunque el deudor exija la pena o exija la obligación principal, en ningún caso podrá recibir más del duplo de la obligación principal”⁸⁶.

Si se encuentran reunidos estos requisitos, el deudor tiene la facultad de solicitar se rebaje la pena en todo lo que exceda el duplo de la obligación principal, es decir, la obligación principal multiplicada por dos. Por ejemplo, si se celebra un contrato de compraventa de una casa, las prestaciones se encuentran plenamente determinadas, siendo para el comprador la obligación de *dar* el valor de cien mil pesos; el precio se mira como equivalente de la cosa que el vendedor debe entregar. Se estipula una pena de doscientos setenta mil pesos para el caso de que alguno de los contratantes no cumpla sus obligaciones. El deudor puede solicitar que se le rebaje la pena a doscientos mil pesos con fundamento en la disposición legal en estudio.

2.1.2. Reducción de la Pena en el Código de Comercio. El Artículo 867, limita la pena en la siguiente forma:

“Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

“Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquélla.(Hemos resaltado).

⁸⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ. Op.Cit. Pág. 139.

“Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

Las reglas limitativas de la cláusula penal son diferentes en la ley civil y en la ley comercial: mientras la primera limita la pena al duplo de la obligación principal, la segunda limita la pena al monto de la obligación principal.

“ Debe entenderse que el ordenamiento comercial se refiere a la pena acumulativa, y no a la pena sustitutiva, de modo que el acreedor puede cobrar la obligación principal y, como pena, una cantidad igual. Esta interpretación es consecuente con la ley civil, que limita al duplo la pena sustitutiva.

“ Lo que no es correcto es considerar que, en materia comercial, pena y obligación principal sean iguales, pues esta interpretación no se amolda a la figura de la cláusula penal. Si esta puede ser acumulativa o sustitutiva en la ley civil, es procedente afirmar que la especialidad de la ley comercial se ha orientado por regular sólo la pena acumulativa”⁸⁷.

3.3 Reducción de la pena cuando se pide a la vez, la obligación principal y la pena. El artículo 1594 del Código Civil, introduce una característica especial a la cláusula penal, en la siguiente forma:

*“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; **a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.** (Hemos resaltado).*

Este artículo plantea la posibilidad de que las partes puedan acordar que en caso de incumplimiento, el acreedor pueda pedir la pena y la obligación principal simultáneamente.

Esta pena acumulativa grava en forma notoria la situación del incumplido, si la pena pactada por el retardo y la obligación principal, se hacen exigibles al mismo tiempo, y se estipulan de una forma tal que la suma de las dos excedan al duplo de la obligación principal; se hace necesaria la intervención del juez para regular el desequilibrio contractual al cual se ve sometido el deudor (Art. 1600 y 1601 C.C.).

⁸⁷ PERILLA CASTRO. Op.Cit.Pág. 84.

Así lo explica Perilla Castro⁸⁸, el “Art. 1600 C.C. permite acumular pena e indemnización, lo que es compatible con la naturaleza sancionatoria de aquella.

“Nuestro derecho civil protege el equilibrio contractual, porque acepta el desbalance ocasionado por la cláusula penal sólo hasta cierto límite. La finalidad es impedir que el deudor resulte atado de forma indefinida al acreedor para pagarle una pena excesiva y evitar un enriquecimiento exagerado del acreedor, a costa del sacrificio desproporcionado del deudor”.

4. En el mutuo

El artículo 1601 de Código Civil, expresamente establece un régimen especial para el mutuo, así:

“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

“La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

⁸⁸ PERILLA CASTRO. Op.Cit. Pág. 83

“En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

“En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias parece enorme” (Hemos resaltado).

Esta disposición nos indica que cuando la obligación principal es de contenido dinerario, la cláusula penal que le accede siempre es de naturaleza moratoria, en la que se incluye el valor por concepto de intereses.

La ley determina que los intereses moratorios, ya sean éstos de origen convencional o legal, constituyen el lucro cesante que el acreedor de una suma de dinero deja de percibir por la mora en el pago; mientras que los intereses remuneratorios son los que se causan por un crédito de capital durante el plazo que se le ha dado al deudor para cumplir con la obligación. Por lo tanto, la responsabilidad del deudor que se encuentra en mora de pagar, está limitada en los intereses que se originan por la demora en el cumplimiento. Esta indemnización la regula el artículo 1617 del C.C., de la siguiente manera: "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora esta sujeta a las reglas siguientes:

1.) Se siguen debiendo los intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales en el caso contrario;

quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en el seis por ciento anual.

2.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra interés, basta el hecho del retardo;

3.) Los intereses atrasados no producen interés;

La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

De esta forma, la ley establece un límite dentro del cual se debe establecer la indemnización de daños y perjuicios que debe recibir el acreedor por la demora en el pago, y determina que éstos quedan plenamente satisfechos con los intereses moratorios.

La cláusula penal compensatoria no es procedente, porque los intereses (pactados por las partes en la pena) son el medio por el cual se indemnizan los perjuicios correspondientes al lucro cesante y por lo tanto nunca pueden sustituir o remplazar el valor en dinero que se debe en la obligación principal, es decir, no pueden representar la indemnización correspondiente al daño emergente.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado de la siguiente manera:

"Sea tan solo e virtud de las disposiciones generales, sea por las especiales de cada contrato confirmatorias de aquellas, la falta del cumplimiento puntual de las obligaciones de una de las partes contratantes determina en principio una acción de perjuicios en la otra parte contratante; pero esto no significa que precisamente haya habido perjuicio; de suerte que quien ejercita esa acción tiene que demostrar haberlos sufrido, suministrando así la materia indispensable para un decreto de indemnización. De ahí por ejemplo que en el caso especial del artículo 1.617 del C.C. sobre indemnización de perjuicios en obligaciones de pagar una suma de dinero, el acreedor no tenga necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses por bastar el hecho del retardo. A contrario sensu predica esta disposición que si hay necesidad en los demás casos. Cabe advertir que lo que entonces sucede es que, reputando el legislador que el dinero ha de dar esos frutos, encuentra en el retardo el lucro cesante y, por lo tanto establece la presunción del perjuicio, lo que hace inoficioso exigir más pruebas. No es, pues, que se abstenga de exigir las. Tampoco infirma el antedicho concepto la disposición del artículo 1.599 de este código, en cuanto no vale al deudor alegar que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor, o le ha producido beneficio, porque aunque en lo general se tiene la pena como una apreciación antelada del perjuicio convenido por las partes, la cláusula penal no pierde su función de garantía de la obligación principal a que accede, ni la de sanción, ni menos la de acuerdo de voluntades que ha de regir por la fuerza

consiguiente (Art.1.602), sin más salvedad que las cortapisas que en sus casos establece el artículo 1.601."⁸⁹

Esta Corporación, en providencia de mayo 4 de 1953, concibe el mismo lineamiento conceptual:

"El legislador, cuando impone la necesidad de condenar al pago de intereses, en realidad está considerando que son el lucro cesante mínimo que el acreedor ha sufrido. Se trata, pues, de un punto de derecho que no está supeditado al examen del aspecto probatorio del juicio."⁹⁰

La pena procede por la simple demora en el pago de la obligación principal sin que la ley exija el requerimiento para constituir en mora al deudor. El acreedor no tiene que demostrar que se le han causado perjuicios, porque la ley los presume anticipadamente, en atención a que el dinero que se ha dado en mutuo se ha desvalorizado, es decir, ha disminuido su valor adquisitivo en el mercado, desde el momento en que el prestamista no ha podido disponer de él, lo cual se compensa con el interés.

⁸⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Octubre 1 de 1943, Gaceta Judicial LVI página 176

⁹⁰ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mayo 4 de 1953, Gaceta Judicial LXXV, página 10.

Para evitar confusiones, deben distinguirse dos hipótesis: la primera, es cuando a la obligación principal accede siempre la obligación de pagar intereses moratorios en caso de retardo en el pago. V.gr. un contrato de compraventa en el que el deudor debe pagarlos en caso de no tradir la cosa en el tiempo debido.

La segunda tesis se configura cuando la obligación principal es de contenido eminentemente dinerario, como el mutuo, de dinero, pues en el primer caso los intereses son independientes a la indemnización de perjuicios y pueden coexistir con la cláusula penal compensatoria y pecuniaria, mientras que en el segundo supuesto los intereses constituyen la única indemnización por la mora en el pago, por lo que la única convención anticipada de los mismos es la cláusula penal moratoria.

El límite del interés convencional que determina la lesión enorme de la cláusula penal se deduce del citado artículo 1.601 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2.231 del mismo estatuto, que dice:

"El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor."

Por lo tanto, el doble de la obligación principal, es el parámetro dentro del cual las partes deben fijar la indemnización de perjuicios proveniente de la mora en el

cumplimiento de la obligación principal. La Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la importancia del tema que regulan estos artículos, manifestó en providencia de marzo 7 de 1.956: *"Estas disposiciones fueron consagradas en guarda de la moral y en beneficio de las buenas costumbres, restringiendo así el principio de la libertad de estipulación, en interés de la libertad y el Estado. Lo que indica que todo lo que valla más allá de esos límites debe ser considerado como usura, y aún como lesión enorme."*⁹¹

Según como se ha expuesto, la jurisprudencia colombiana considera que los intereses son la única indemnización que el acreedor debe recibir por la mora en el pago de una suma de dinero; sin embargo, el tratadista chileno Arturo Alessandri considera, respecto al artículo 1.599 del Código Civil Chileno, que regula en idénticos términos el tema, que el acreedor sí puede solicitar otro tipo de indemnización además de los intereses. Se fundamenta en el texto del artículo que dice "el acreedor no tiene necesidad de cobrar perjuicios cuando sólo cobra intereses", de donde parece deducirse que pueden cobrarse varios perjuicios que se le causen al acreedor, y que los únicos que no deben probarse son los que se relacionan con los intereses.

⁹¹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Marzo 7 de 1956, Gaceta Judicial LXXXII, página 393.

La jurisdicción comercial consagra también la forma de equilibrar el contenido de la pena, de acuerdo con la equidad, el orden público y las cargas prestacionales determinadas en el contrato.

La Ley 45 de 1.990, encargada de regular la actividad de las Instituciones Financieras y Aseguradoras, determina respecto al tema de la causación de intereses en las obligaciones dinerarias, en su artículo 65, lo siguiente:

"En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

"Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera que sea su denominación".

Y continua la norma definiendo, en su artículo 68, las sumas que representan intereses:

"Para todos los efectos legales se reputaran intereses las sumas que el acreedor reciba el deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado".

Del texto de estos artículos, se concluye que la única indemnización procedente en el caso de mora del deudor, es la correspondiente a intereses, que excluye cualquier otro tipo de indemnización, porque constituiría un doble pago.

Si los intereses de mora sobrepasan los límites legalmente establecidos por los establecimientos bancarios y certificados por la Superintendencia Bancaria, la ley no se limita a rebajarlos al límite permitido, como ocurre en materia civil, sino que establece como sanción la pérdida total de los intereses, de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio.

Hay un agravante más contenido en el artículo 72 de la Ley 45 de 1.990, que sanciona al acreedor exigiéndole, además de devolver las sumas que se le entregaron a título de interés, entregar una suma correspondiente al exceso que recibió.

De acuerdo con lo anterior, las reglas para que se configure la cláusula penal enorme son las siguientes:

- 1.) La obligación principal a la cual accede la cláusula penal, es un mutuo con interés.
- 2.) La cláusula penal moratoria representa los intereses que se deben por la mora del deudor en el pago de la obligación principal.
- 3.) Los intereses son la única indemnización que recibe el acreedor por el incumplimiento.

4.) Si la obligación principal es civil, el límite de la indemnización lo establece la ley en el doble del interés corriente que exista en el mercado al momento de pactarse. El juez puede reducir la pena teniendo en cuenta este límite.

5.) Si la obligación principal es mercantil, el interés que debe observarse para determinar si se configura la lesión enorme en la cláusula penal, es el interés bancario corriente (el cual se asimila al interés legal mercantil). Se sanciona al acreedor con la pérdida total de los intereses

6.) No está al arbitrio del acreedor solicitar el interés convenido o la indemnización ordinaria, como lo prescribe el artículo 1.600 del Código Civil.

5. En las obligaciones de valor indeterminado.

Las obligaciones de valor indeterminado, por su misma naturaleza, restringen al legislador, haciendo imposible su tarea de limitar el monto de la pena. Por lo tanto, sólo es dable al juez, en cada caso, valorar la validez de la pena.

“Aplica aquí nuestro Código la solución de Justiniano, quien dejó al prudente arbitrio del juzgador moderar las penas en los casos en que fuera incierto el valor de la obligación principal. Es ésta, por tanto, una cuestión de hecho que depende

del prudente criterio del juez, habida cuenta de las circunstancias que cada caso ofrezca, única pauta señalada por la ley para el efecto”⁹².

“Tratándose de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, no ha podido la ley fijar un máximo hasta el cual pueda llegar la pena, y de ahí que haya dejado entregado a la prudencia del juez rebajar la pena, cuando según las circunstancias la pena parece enorme”⁹³.

En este aspecto, la legislación comercial tiene un régimen muy similar al previsto en el Código Civil, en tanto que en el artículo 867 último inciso, establece: "Cuando la obligación principal no este determinada en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva, habida cuenta del interés que el acreedor tenga en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."

⁹² OSPINA FERNÁNDEZ. Op.Cit. Pág. 152.

⁹³ ALESSANDRI. Op.Cit. Pág.139.

CAPITULO IX

LA CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

1. Naturaleza Jurídica de la cláusula Penal.

El Código Civil Chileno en el título VII, trata a las obligaciones con cláusula penal, el artículo 1535 las define como:

“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”.

“La cláusula penal sirve de caución o garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación. Es una de las especies de caución a que se refiere la ley, porque mediante ella se arbitran los medios necesarios para hacer efectivo el cumplimiento del vínculo jurídico. Por eso se llama cláusula penal, porque es una pena o castigo con que se amenaza al deudor para el caso de que no cumpla con la obligación, de aquí que el Art. 1535 diga que la cláusula penal sirve “ *para asegurar el cumplimiento de una obligación*”. En cierto modo, la cláusula penal se asimila a la fianza, a la prenda y a la hipoteca, porque como ellas, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación si bien difiere de la constitución jurídica de estas instituciones”.⁸

⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones. Santiago de Chile: Imprenta el Esfuerzo.1997. Pág. 125.

Al igual que en nuestro país, la legislación chilena define la cláusula penal como una obligación que asegura el cumplimiento de otra. Para nosotros la cláusula penal no constituye una garantía para el acreedor, porque no compromete el patrimonio de éste o de un tercero. Este tema ya ha sido analizado en la naturaleza jurídica de la cláusula penal colombiana.

Analizaremos la naturaleza jurídica de la cláusula penal, a partir del Art. 1537 Código Civil Chileno.

“ Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal”.

El legislador chileno, en este artículo, desarrolla la naturaleza jurídica de la cláusula penal. En primer lugar, resalta su carácter accesorio al manifestar *“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal...”*

Es decir, que la pena depende del cumplimiento de la obligación principal. Se debe exigir primero la obligación principal y, si el deudor está en mora de cumplir, puede exigir la pena. Pero no puede exigir la pena y la obligación principal simultáneamente:

“...ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio...”

El artículo 1543 del Código Civil Chileno, afianza este principio de la siguiente forma:

“ No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

Tanto en el artículo 1537 como el 1543, plantean la posibilidad exigir la pena y la obligación principal, cuando así ha sido pactado expresamente, en razón de retardo en el cumplimiento o en el incumplimiento de la obligación principal. Esto, en virtud del principio el contrato es ley para las partes.

Aquí se manifiesta el carácter punitivo de la cláusula penal. Se castiga al deudor por la mora en cumplimiento, o por el incumplimiento de la obligación principal, sin perjuicio de exigir la pena y la obligación principal.

“...o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal”.

Alessandri Rodríguez⁹ define la cláusula penal como “la evaluación anticipada que las partes hacen en el contrato de los perjuicios que puede experimentar el acreedor con el incumplimiento de la obligación, o con el incumplimiento imperfecto o tardío”.

“La liquidación convencional o cláusula penal, emana de la voluntad de las partes, quienes en ejercicio de la libertad de contratar que el Código Civil le reconoce a los individuos, fijan en el contrato el monto de los perjuicios que el acreedor ha de experimentar con el incumplimiento de la obligación. Se trata aquí de una estipulación emanada de la voluntad de las partes, que con arreglo al artículo 1545, es ley para los contratantes; y de ahí que la liquidación convencional deba prevalecer sobre toda otra liquidación”.

El efecto de los contratos es crear entre las partes cierta situación jurídica y, por lo tanto, dar nacimiento a derechos y obligaciones: el efecto de las obligaciones es poner al deudor en la necesidad jurídica de donar, hacer o no hacer alguna cosa dando al acreedor los medios de obtener la ejecución de esta prestación.

El código ha consagrado en el Art. 1545 Código Civil Chileno que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

“Las partes pueden ponerse de acuerdo en el monto de la indemnización, o pueden haber fijado en el contrato la cuantía de la indemnización, que en caso de inejecución de la obligación deba ser pagada por el deudor moroso.

“La evaluación de daños y perjuicios, puede hacerse en forma de cláusula penal agregada en el contrato y por medio de la cual los contratantes aseguran el cumplimiento de la obligación a que esa cláusula accede. Pero no puede decirse que la evaluación convencional de los perjuicios no pueda hacerse sino por medio de una cláusula penal. La cláusula penal no es siempre ni necesariamente una evaluación de perjuicios como lo hemos manifestado en general no tiene esta carácter, sino accidentalmente, desde que su objeto propio y principal es asegurar el cumplimiento de la obligación principal conminando al deudor con una pena grave que puede aún ser acumulada a la indemnización de perjuicios. Cuando la cláusula penal ha sido pactada como evaluación de perjuicios, el juez debe aplicarlos sin variación, y aunque el acreedor o haya justificado en orden a la efectividad de los perjuicios. Sólo puede ser reducida en el caso excepcional del Art. 1544.¹⁰

“Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio” (Art. 1542 C.C. Chileno).

⁹ ALESSANDRI. Op.Cit. Pág.146.

¹⁰ CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo II. Chile: Imprenta Universal de Chile. 1986. Pág. 468.

“La cláusula penal evita la determinación de los perjuicios por parte del juez. Las dificultades prácticas que la prueba de la indemnización de perjuicios tiene en la vida diaria, hacen que los juicios de indemnizaciones sean los más difíciles, más complicado y de resultados más inciertos. Todas estas dificultades se subsanan con la cláusula penal: no hay que producir prueba, no hay que convencer al juez, y ni siquiera ve tener este atribuciones para señalar el monto de los perjuicios, salvo los casos de excepción del Art. 1544 C.C. Chileno”¹¹.

“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena” (Art. 1543 C.C. Chileno)

“El acreedor queda exonerado del peso de la prueba de los perjuicios por él experimentados. Otra enorme ventaja de la cláusula penal. El acreedor que cobra perjuicios debe justificar por los medios probatorios cuáles son los perjuicios experimentados, el monto de esos perjuicios. La cláusula penal ahorra todo esto; las partes convinieron en el monto de los perjuicios, y acreditaba por el acreedor la existencia de una obligación, acreditado que el deudor no ha cumplido, el juez deberá condenar al deudor al pago de los perjuicios estipulados , sin que pueda alegar que la inexecución de la obligación no le ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio (Art. 1542). Se comprende esta disposición del artículo

¹¹ ALESSANDRI. Op.Cit. Pág. 125.

1542, porque de no ser así, el acreedor tendría que haber probado los perjuicios, lo que, como hemos visto, habría dado campo al deudor para burlarse de la cláusula pena”¹².

“Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán” (Art. 1472).

“La cláusula penal le da al acreedor en ciertas obligaciones una acción que sin la cláusula penal el acreedor no la tendría. Sabemos que el acreedor de la obligación natural no puede exigir compulsivamente el pago de dicha obligación; pero si cauciona el cumplimiento de la obligación natural mediante una cláusula penal constituida por terceros con arreglo al Art. 1472, esa cláusula penal vale, y ese acreedor que no pudo exigir el cumplimiento de la obligación por estar exento de acción, puede, sin embargo, exigir la ejecución de la cláusula penal por expresa disposición del artículo 1472 Código Civil Chileno”.

2. Elementos de la Cláusula Penal.

De la misma manera que en el ordenamiento jurídico colombiano, la cláusula penal en la legislación chilena, constituye un acto jurídico bilateral por estar la voluntad de los sujetos que la estipulan, dirigida a producir efectos jurídicos entre ellos.

¹² ALESSANDRI. Op.Cit. Pág. 124.

Constituye un negocio jurídico unilateral al estar la declaración de voluntad dirigida a crear la obligación que le impone la pena al incumplido, en caso de no ejecutar su obligación o de ejecutarla defectuosamente.

Por lo anterior, se concluye que la cláusula penal reúne los elementos comunes de todo negocio jurídico, que a continuación explicaremos:

2.1. Sujetos Obligados

Las partes que intervienen en la formación del acto jurídico por el que se crea la cláusula penal, deben estar plenamente identificadas. En principio, estas partes son las mismas que se obligan en el acto jurídico constitutivo de la obligación principal, lo que resulta obvio, al ser sus actuaciones (ejecución, no ejecución o ejecución defectuosa) las que dan origen a la obligación penal.

Esos sujetos deben cumplir con todos los requerimientos que la ley establece para que su voluntad tenga plena validez jurídica. Deben cumplir con los siguientes requisitos:

2.1.1. Capacidad.

Para la formación del acto jurídico que constituye la cláusula penal es menester que los sujetos sean capaces de contratar. Por esta razón el artículo 1445 del Código Civil Chileno establece en su numeral primero:

“ Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. que sea legalmente capaz,..”

La capacidad es la aptitud de una persona para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones. Se requiere que la persona pueda ejecutar válidamente actos jurídicos.

El principio rector que determina la capacidad en una persona se encuentra consagrado en el artículo 1446 del Código Civil Chileno, que establece: *“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”* Este es el antecedente inmediato del artículo 1503 del Código Civil Colombiano que consagra el mismo principio.

Del texto de este artículo podemos concluir que la regla general es la capacidad de ejercicio, es decir, aquella por medio de la cual una persona puede ejercer sus derechos o puede obligarse a través de actos jurídicos. La manera más corriente de obligarse es a través de actos jurídicos, como los contratos; por lo tanto, para obligarse a una obligación penal, el sujeto debe tener plena capacidad de

ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud legal de un individuo de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La regulación que hace el Código Civil Chileno de la incapacidad absoluta se encuentra en el artículo 1.447 de la siguiente manera: *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.*

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes”.

Adolecen de incapacidad relativa las personas que, si bien no pueden contratar por sí mismas, pueden, sin embargo, ejecutar ciertos actos bajo determinadas circunstancias determinadas por la ley. El artículo 1447 determina que las incapaces relativos son:

- Los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad
- Los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

Para que estos sujetos se obliguen válidamente por el acto jurídico que da lugar a la cláusula penal, es necesario que su consentimiento este libre de vicios, como lo dispone el artículo 1445 del C.C. en su inciso 2, de la siguiente manera:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: .. 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio..”

De conformidad con el artículo 1451 del Código Civil Chileno, los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son el error la fuerza y el dolo.

2.2. Objeto

El artículo 1.460 del Código Civil Chileno se refiere a esta materia de la siguiente manera:

“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”

De acuerdo con este artículo el objeto de la cláusula penal puede consistir en dar una cosa, en un hecho o en una abstención. El objeto debe reunir los siguientes requisitos:

2.2.1. Debe ser Determinable.

El objeto debe estar señalado de forma tal que el acreedor sepa lo que puede exigir y el deudor lo que está obligado a dar. Para determinar el objeto de la obligación que se debe es preciso determinar si es una obligación de género o de cuerpo cierto. En este último caso la obligación sólo se cumplirá cuando se entregue la cosa debida. Si se trata de una obligación de género se cumplirá entregando una cosa del género convenido.

2.2.2. Debe ser posible.

De acuerdo con el artículo 1.461 del Código Civil Chileno, *“el objeto es imposible físicamente cuando es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público”*. Para que esta imposibilidad del objeto repercuta sobre la existencia de la cláusula penal, ésta debe ser absoluta y permanente.

2.2.3. Debe ser Lícito.

Si el objeto sobre el cual recae la cláusula penal es ilícito, ésta adolece de nulidad absoluta, de conformidad con el artículo 1682 del Código Civil Chileno; y, si alguna parte ha pagado la obligación penal a sabiendas de la ilicitud de su objeto, no puede pedir su devolución, según lo preceptúa el artículo 1468 de la siguiente manera: *“No podrá repetirse lo que e haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*.

Los casos de objeto ilícito por disposición especial son:

- a.) Los actos contrarios al derecho público (artículo 1.462 del C.C.)
- b.) La enajenación de las cosas que se encuentren fuera del comercio (artículo 467 del C.C.)
- c.) En los casos señalados en el artículo 1466 del C.C.: *“Hay así mismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de la prensa; y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes.”*

d.) El contrato que tenga por objeto la sucesión de una persona viva
(artículo 1463 del C.C)

e.) La condonación del dolo futuro. (artículo 1465 del C.C)

f.) En los casos señalados en el artículo 1464 del C.C: *“Hay un objeto ilícito en la enajenación:*

1. De las cosas que no están en el comercio;

2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;

3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;

3. De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio.

2.3 Causa Lícita.

La causa es el interés jurídico que induce a celebrar el acto jurídico que da lugar a la cláusula penal. Al respecto, el artículo 1.467 del Código Civil establece que *“ No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.”*

Del texto de este artículo podemos concluir que la ley presume que en todo contrato existe una causa real y lícita, porque no exige que se exprese por las partes cuál es el motivo que los lleva a celebrar el acto o contrato.

La causa del contrato es ilícita cuando está prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público. Por ejemplo, la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

3 Características de la cláusula penal.

El artículo 1.535 del Código Civil chileno define la cláusula penal como *“aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal.”*

La cláusula penal emana de la voluntad de las partes quienes, en ejercicio de la autonomía que tienen para contratar, fijan en el contrato una pena que deben ejecutar en caso de incumplir total o parcialmente sus obligaciones. Se trata de una estipulación que nace de la voluntad contractual, la cual, de conformidad con el artículo 1.545 del Código Civil, tiene la misma fuerza obligatoria de la ley.

De la definición dada por el código se pueden inferir las siguientes características de la cláusula penal:

3.1. Es una Obligación Accesorias.

Según lo preceptuado por el artículo 1.444 del Código Civil, una obligación es accesoria *“cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”*. Por lo tanto, la cláusula penal es accesoria porque tiene por objeto reforzar el correcto acatamiento de otra obligación. De esta característica podemos inferir las siguientes consecuencias:

3.1.1. La nulidad de la Obligación principal acarrea la de la cláusula penal.

A esta consecuencia se refiere el artículo 1.536, de la siguiente manera:

“La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de esta no acarrea la de la obligación principal.

Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona.

Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.”

Sobre el texto de este artículo el tratadista chileno Arturo Alessandri¹³ afirma que: “No hay aquí, sino una aplicación de aquel principio tan conocido, de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Es razonable que el legislador haya establecido la nulidad de la cláusula penal, cuando sea nula la obligación a que accede, porque de haber dispuesto lo contrario, implícitamente, la ley habría autorizado su violación, ya que se habría obtenido el cumplimiento de actos o contratos prohibidos por la ley o no reconocidos por ella.

“Aplicación de estos principios son entre otros, el artículo 99 del C.C. que establece que ‘tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido’ porque como el contrato de esponsales no está prohibido por la ley, no tiene valor alguno y la cláusula penal tampoco. Lo mismo sucede en el caso del artículo 1701 que dispone que ‘la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa producirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno’ (Inciso 1). La ley no permite que un acto solemne que se perfecciona por instrumento público pueda convertirse pueda pactarse de una forma completamente distinta a la estipulada por la ley, y no le reconoce ningún valor, y junto con desconocer valor al acto o contrato, niega todo

¹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Teoría de las Obligaciones, Santiago de Chile

efecto a la cláusula penal que en ellos se halla estipulado, lo que no es son una aplicación ala regla contenida en el mismo artículo 1536.”

Sin embargo, el artículo 1536 establece que la nulidad de la cláusula penal no acarrea la de la obligación principal.

“Los incisos 2° y 3° del artículo 1536, podrían hacer creer a primera vista, que ellos importan una excepción a la regla consignada en el artículo 1°, porque podría creerse, dado el empleo que hace de la expresión ‘con todo’, sinónima de ‘sin embargo’, que hay cláusulas penales en las cuales, a pesar de ser la obligación principal ineficaz o nulas, ellas no lo son, esto es, tienen valor. No es así, sin embargo, los incisos 2° y 3°, no consagran estas excepciones, porque en ambos casos se esta refiriendo a situaciones jurídicas complementadas por los artículos 1449 y 1450, que tratan de obligaciones perfectamente válidas entre las personas que las contrajeron.

"El inciso 2° del artículo 1536, se refiere al caso que contempla el artículo 1450, que dice: *“Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”*

"Por su parte el inciso 3°, se refiere al caso contemplado en el artículo 1449 que dice: *“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.*

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.”

Lo que dicen estos incisos, combinados con los dos artículos que se acaban de mencionar, es algo perfectamente claro: el artículo 1450 se coloca en el caso de que por una persona se haya prometido el hecho ajeno, como si me comprometo para con Pedro a que Juan le pinte un cuadro; la obligación se ha contratado entre Pedro y yo; Juan no ha contraído, hasta este momento, ninguna obligación ni tiene ninguna responsabilidad, porque para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad, es menester que consienta en dicho acto o declaración y que su consentimiento no esté viciado y, en consecuencia, nada puede conseguirse de Juan, mientras éste no se adhiera a lo pactado por mi.

Comprometido yo a obtener de Juan que pinte el cuadro a Pedro y no obtengo que Juan realice este hecho, yo he violado la obligación que contraí, porque no he

realizado la obligación a la que me obligué; no cumpliendo la obligación, mi acreedor tiene derecho a exigirme la indemnización de perjuicios

El inciso 3° del artículo 1536 del C.C. establece: *“Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.”* Esta es una aplicación del artículo 1449 que en su texto dispone:

“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.”

Yo le compro a Pedro una casa para Juan; yo estoy estipulando con Pedro a favor de Juan, es decir, a favor de un tercero. Entre Pedro y yo se ha celebrado un contrato de compraventa y por eso dice el artículo 1449 *“...solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado..”*, porque el derecho que este contrato ha creado, cede en beneficio del tercero, se ha incorporado en su patrimonio, sólo el puede ejecutarlo. Pero mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron en el, esto es en el ejemplo propuesto, por Pedro y yo.

3.1.2- La accesoriedad de la Cláusula penal genera su Divisibilidad o Indivisibilidad.

La segunda consecuencia que deriva del hecho de ser la cláusula penal una obligación accesoria, se concluye del texto del artículo 1540 que a su tenor dice:

“Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre pues en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación.

Exceptuase el caso en que habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total: podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor.

Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible.”

Es decir, que la pena será divisible o indivisible, según lo sea la obligación principal. Por lo tanto, si la obligación principal es de cosa divisible, la cosa también será divisible entre todos los deudores o entre todos los herederos del deudor.

Si alguno de los deudores de la obligación principal incumple su prestación, debe pagar la parte que le corresponde de la obligación penal y el acreedor sólo tiene derecho a exigirle el pago de su cuota.

Cuando la obligación principal es indivisible, también lo será la cláusula penal que le accede. La indivisibilidad de la cláusula penal se genera como consecuencia de la indivisibilidad de la obligación principal o porque las partes estipularon de manera expresa que no se pueden efectuar pagos parciales de la pena.

Si la cláusula penal ha sido garantizada con una hipoteca, el artículo 1541 del Código Civil dispone:

“Si al la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en el, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar”

El fundamento de ésta disposición se encuentra en la indivisibilidad de la hipoteca, pues no es posible que ésta afecte solo una cuarta parte del bien inmueble sobre el cual recae.

3.2.- Es una Obligación Condicional.

La obligación penal sólo se debe, si se produce el incumplimiento total o irregular de la obligación principal, es decir, en el caso de que se produzca el hecho futuro e incierto del incumplimiento por parte de alguno de los sujetos contratantes. Por lo tanto se trata de una condición suspensiva porque sólo con el acontecimiento del incumplimiento nace a la vida jurídica la obligación penal y se hace exigible su objeto consistente en dar, hacer o no hacer algo.

4. Reducción de la Pena.

De la lectura del artículo 1544 del Código Civil Chileno, analizaremos cuándo se puede rebajar la pena cuando ésta parece enorme.

”Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

A continuación, Arturo Alessandri explica el tema:

“Se dice que la pena es enorme cuando excede del límite fijado por la ley o por el juez, según los casos, cuando entre la pena y la obligación principal hay una desproporción considerable en concepto de la ley en un caso, o en concepto del juez en otros casos.

El inciso 1 del artículo 1544 dice *“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él...”*

Este artículo se refiere al caso de que se trate de un contrato conmutativo y en que una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar, y la pena consista también en el pago de una cantidad determinada.

“Para que tenga lugar lo dispuesto en el artículo 1544, inciso 1°, es necesario que concurren los tres requisitos siguientes: que una de las partes se obligue a pagar una cantidad determinada, que esa cantidad se mire como equivalente a lo que la

otra parte debe prestar, y que la pena consista también en una cantidad determinada.

“La ley otorga al deudor el derecho de pedir que se rebaje la pena en todo lo que exceda al duplo de la obligación principal, incluyendo ésta, es decir, la obligación principal, en él, esto es, el duplo. Esto significa que el deudor tiene derecho a pedir que la pena se rebaje a una cantidad igual al doble de la obligación principal, es decir, la pena debe consistir en una suma igual a la obligación principal multiplicada por dos, o sea en una cantidad igual al doble de la obligación principal. Todo lo que exceda el doble el deudor tiene el derecho a pedir al juez que la rebaje, y aunque el deudor exija la pena o exija la obligación principal, en ningún caso podrá recibir más del duplo de la obligación principal”¹⁴.

La disposición del artículo 1544 inciso 1° no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

“En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular”.

En el caso de mutuo si se estipulan intereses penales que excedan al máximo que la ley permite, se podrá rebajar esos intereses a dicho máximo, o sea al Interés corriente más la mitad.

¹⁴ ALESSANDRI RODRIGUEZ. Op.Cit. Pág. 139.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

“Tratándose de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, no ha podido la ley fijar un máximo hasta el cual pueda llegar la pena, y de ahí que haya dejado entregado a la prudencia del juez rebajar la pena, cuando según las circunstancias la pena parece enorme”¹⁵.

¹⁵ ALESSANDRI. Op.Cit. Pág.139.

EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

En sentido amplio, se entiende por extinción de la cláusula penal, aquellos modos o actos jurídicos por medio de los cuales el vínculo jurídico que obliga al deudor y al acreedor se extingue o disuelve. Para abordar el tema que se desarrolla en este capítulo, es preciso retomar las diversas formas que el ordenamiento jurídico establece como causas extintivas de las obligaciones en general, lo cual nos lleva a diferenciar la extinción de la obligación penal, con la extinción de la obligación principal a la cual accede, y la disolución del vínculo por extinción de la pena en sí misma.

1. EXTINCIÓN POR VÍA CONSECUCIONAL

Como se ha dicho anteriormente, la característica más notable de la cláusula penal se encuentra es ser una prestación accesoria de otra obligación. Por lo tanto, cuando la obligación principal deja de tener vida jurídica por encontrarse en alguno de los supuestos establecidos para la extinción de las obligaciones en general, la cláusula también se extingue porque desaparecen las prestaciones que ésta busca reforzar y, aun si pudiera continuar existiendo, ya no tendría razón para seguir produciendo sus efectos, porque ha perdido su razón ontológica dentro del contrato.

Lo que pierde entidad jurídica es propiamente la cláusula penal como acto jurídico, porque la obligación penal como vínculo jurídico que obliga al deudor con el acreedor, no ha nacido. En efecto, la obligación penal solamente se produce cuando alguno de los contratantes que intervienen en la formación del acto, incumple sus obligaciones.

El ordenamiento jurídico colombiano no dispone expresamente esta consecuencia que recae sobre la cláusula penal como resultado directo y obvio de su carácter accesorio y condicional; por lo que estudiaremos las causales que el artículo 1.625 del Código Civil establece como formas de extinción de la obligación principal.

1.1. El Pago.

La obligación principal se extingue por alcanzar el fin que buscaba, es decir, el cabal cumplimiento de la obligación. Para que se produzca, es necesario que se reúnan los requisitos establecidos por las partes referentes al modo, tiempo y lugar del pago. La obligación puede ser satisfecha por cualquier persona. Sin embargo, si se trata de una obligación *intuitus personae*, ésta sólo se extingue por la ejecución personal del pago.

La obligación penal no se extingue, si el crédito se satisface por un fiador o codeudor, pues se le declara subrogado en todo el crédito y los privilegios que tenía el acreedor para el cumplimiento de la obligación (Art. 1579, 1668 No.3 y

2361), incluyendo los derechos accesorios como la cláusula penal. La obligación principal continua existiendo, simplemente se cambian los sujetos obligados - acreedor y deudor-, titulares de los derechos y obligaciones.

1.2. La Novación.

El artículo 1687 del C.C. define esta forma de extinción de las obligaciones como *"la sustitución de una nueva obligación a otra anterior la cual queda por tanto extinguida."* Como se observa, los efectos que produce la novación son dos: disuelve el primer vínculo jurídico y crea una nueva obligación que reemplaza a la anterior. Para dar lugar a esta nueva obligación, el contrato principal al cual accede la cláusula penal se extingue, finiquitando con él la cláusula penal. Esto ocurre sin importar la parte del contrato que se nove o modifique; sin importar, si la novación se produce por sustituirse una obligación por otra, o por reemplazar al acreedor o al deudor declarando libre al antiguo por la otra parte.

El artículo 1.693 del C.C. exige para la extinción de la obligación principal, que las partes manifiesten claramente su intención de terminar con ésta obligación. Al respecto la Corte Suprema de Justicia a manifestado:

"Para que se produzca el fenómeno de la novación y se extinga la obligación primitiva se requiere, además de otras condiciones, la del concurso de voluntad de las partes contratantes."⁹⁴

Las garantías reales que aseguran el cumplimiento de la obligación principal, no se transfieren al nuevo vínculo que la reemplaza, según lo dispone expresamente el artículo 1.701 del C.C. La cláusula penal constituye un elemento accidental de esta obligación que, al igual que las garantías reales, busca asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Por lo tanto, para que la cláusula penal se traslade al nuevo vínculo, se requiere que las partes expresen claramente que así lo desean.

En efecto, las partes pueden estipular que el incumplimiento de las prestaciones de la segunda obligación, dé lugar a la pena que garantizaba el primer vínculo.

También puede suceder que el objeto de la segunda obligación sea imponer la pena, en cuyo caso éste segundo vínculo jurídico está sujeto a una condición suspensiva: el incumplimiento de la obligación principal, por lo que la novación no se configura hasta tanto no se produzca este hecho, es decir, hasta que no nazca jurídicamente la pena y el acreedor solicite su pago.

⁹⁴ Auto, S. de N. G., Octubre 6 de 1.941, LII, página 310.

Si la pena objeto de la novación es pecuniaria, el acreedor puede exigir su cumplimiento junto con el de la obligación principal; sin embargo, las garantías de ésta primera obligación, no avalan la obligación penal.

Por el contrario, cuando la cláusula penal que se nova es compensatoria, no puede pedirse conjuntamente ésta y la obligación, ni la pena junto a los gravámenes que garantizan el primitivo vínculo. Pero la novación no se constituye hasta tanto no se produzca el incumplimiento y el acreedor solicite el pago de la pena. Si el cumplimiento de la obligación principal está garantizado con gravámenes reales, como prenda o hipoteca, y ocurre una novación que tiene por objeto el pago de la cláusula penal en caso de incumplimiento de ésta obligación, se entiende que se están sustituyendo estas garantías por la cláusula, según lo dispone el segundo inciso segundo del artículo 1.706 del C.C.:

"Más, si en el caso de infracción es exigible solamente la pena, se extenderá (sic) novación desde que el acreedor exige la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva y no a la estipulación penal."

1.3. La Compensación.

Esta forma de extinción de la obligación a la cual accede la pena, procede cuando el crédito de ésta, se satisface por el deudor de la obligación con la compensación de una acreencia del mismo genero, que le debe su acreedor, v.gr. si Pedro le debe a Juan diez millones de pesos por concepto de un contrato de compraventa de un carro, en el que se estipuló además una pena por el incumplimiento de 2 millones, y, al mismo tiempo Juan le debe a Pedro diez millones de pesos por concepto de cánones de arrendamiento. La compensación procede respecto al crédito del contrato, más no a la obligación penal, por el contrario impide su nacimiento, pues surte los mismos efectos del pago.

1.4. La Remisión.

El acreedor de la obligación principal, por medio de un acto jurídico unilateral (remisión), condona a su deudor las obligaciones que se derivan del contrato al cual accede la cláusula penal. El hecho futuro e incierto del incumplimiento que da lugar al nacimiento de la obligación penal nunca se va a producir, por lo que tácitamente el acreedor también está renunciando a este eventual derecho.

1.5. La Confusión.

Si en una misma persona concurren las calidades de acreedora y deudora de la obligación principal, ésta queda extinguida con todos sus elementos accesorios

como la cláusula penal. Desde otro punto de vista, la cláusula penal es un acto jurídico que requiere para su formación y exigibilidad la voluntad de dos personas. Por lo tanto, si es un tercero el que debe responder por la obligación penal, éste queda exonerado porque el incumplimiento nunca se va a producir, requisito sine qua non de la exigibilidad de la pena.

1.6. Imposibilidad de Ejecución.

La causa natural que da lugar a la extinción de la cláusula penal, es el pago de la obligación principal a la cual accede. De esta premisa general, se infiere que el incumplimiento culpable de la obligación principal le produce al deudor el deber de cumplir la obligación penal, sin que importe la causa o motivo del incumplimiento; es decir, que la responsabilidad de pagar la pena por el deudor no se excusa cuando el incumplimiento se ha causado por la imposibilidad de ejecutar la obligación.

Sin embargo, cuando la imposibilidad de cumplir se produce sin que intervenga la culpa del deudor, el ordenamiento jurídico lo libera de su responsabilidad. En efecto, si la obligación principal es de cosa cierta y la imposibilidad del pago se deriva del perecimiento de ésta, se exime al deudor de la obligación penal. La pérdida de la cosa que se debe se encuentra regulada por el artículo 1.607 del Código Civil cuyo texto dice: “El riesgo de cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de

efectuarla, o que se haya comprometido a efectuar la misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.” Del contenido de esta disposición se deduce que el perecimiento de la cosa debida puede ser por su pérdida material o moral, a la cual hace alusión el artículo para referirse al objeto ilícito, como cuando se ha sacado del comercio una cosa con fundamento en el orden público y las buenas costumbres (Art. 1.518 y 1.512 del C.C.)

Los efectos de la cláusula penal no se agotan como consecuencia de la extinción de la obligación principal a la cual accede, como sucede cuando ésta es novada, condonada o simplemente cuando se produce el pago, lo cual se explica en estos casos por su carácter accesorio, y porque la obligación penal no ha nacido jurídicamente, es decir, no ha ocurrido el incumplimiento.

Por el contrario, el incumplimiento es el que explica esta forma de extinción de la obligación penal cuando la misma es compensatoria. Una vez éste ha ocurrido (el incumplimiento), nace a la vida jurídica la pena; lo que sucede es que la ley exonera de responsabilidad al deudor, por no tener culpa en la imposibilidad de ejecutar la obligación, lo cual le quita el fundamento jurídico a la cláusula penal compensatoria, pues requiere de la responsabilidad civil contractual o extra-contractual del deudor; no basta con el mero incumplimiento para su exigencia.

Se debe resaltar que la imposibilidad de pago se debe referir a la obligación principal pues, si recae sobre la cláusula penal, se está exonerando o justificando el pago de ésta, más no la responsabilidad del deudor por el incumplimiento.

El artículo 1730 del C.C. determina que "siempre que la cosa (de cuerpo cierto o de género determinado) perece en poder del deudor, se presume que ha sido por el hecho o por culpa suya", por lo que sobre éste pesa el deber de probar que ha obrado con la debida diligencia en su conservación y, si éste se encuentra en mora de entregarla, debe probar, además, que la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, lo cual lo exonera del pago de la cláusula penal compensatoria y reduce su responsabilidad al mero retardo.

No obstante las anteriores salvedades que eximen al deudor de su responsabilidad, la cláusula penal compensatoria se debe, si las partes han establecido expresamente asumir la responsabilidad por el caso fortuito, es decir, cuando se pacta para el caso de incumplimiento derivado de causas no imputables o ajenas al deudor. La doctrina considera que, si no se pacta nada en el contrato, ha de entenderse que no asumen la responsabilidad derivada de estos hechos imprevistos, lo cual debe ratificarse tomando como pauta interpretativa el principio *in dubio pro debitoris*, según el cual las penas convencionales deben interpretarse a favor del obligado.

1.7. La Anulación.

La nulidad del acto jurídico que constituye la obligación principal, se produce por no llenar las condiciones indispensables para su validez o existencia a las que hace alusión el artículo 1502 del Código Civil.

La nulidad de la obligación principal no constituye una forma de extinción de la cláusula penal, en tanto que esta figura determina que la obligación nunca ha existido, por lo que sus elementos accesorios como la cláusula penal tampoco han tenido vida en el ámbito jurídico. Por lo tanto, si la pena ya se ha causado por el incumplimiento del deudor, ésta deviene en ineficaz en tanto que el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor no se ha causado.

1.8. La Prescripción y la Caducidad

La prescripción es una forma de extinción tanto de los derechos patrimoniales como de los crediticios u obligaciones, y la caducidad produce el mismo efecto respecto de las acciones que tiene el acreedor de solicitar el efectivo pago de su crédito contenido en la obligación principal. El artículo 2.512 del C.C. define la prescripción como el "modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido

dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales."

"Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción."

Cuando alguno de los contratantes de la obligación principal incumple sus obligaciones, el acreedor tiene el derecho de solicitar judicialmente su cumplimiento o, si se pactó, pedir el cumplimiento de la cláusula penal compensatoria junto a la indemnización moratoria; si no lo hace dentro del término establecido por la ley, se presume que el ejercicio de este derecho no le interesa, por lo que deja de tener razón de ser y, se extingue.

2. EXTINCIÓN POR VÍA PRINCIPAL.

La cláusula penal es un negocio jurídico sujeto a una condición suspensiva, por lo que una vez se produce el incumplimiento, la obligación penal nace a la vida jurídica y se debe pura y simplemente. Su extinción queda, por lo tanto, regulada por el régimen general de extinción de las obligaciones, y no está sujeta a la extinción de la obligación principal.

2.1. Remisión de la Pena.

Cuando la obligación penal se ha hecho exigible, el acreedor que tenga libre disposición de sus bienes puede condonar al deudor en el pago de la cláusula penal compensatoria, si el incumplimiento es total, o de la pena moratoria, si ésta es por el mero retardo. Si el acreedor no es legalmente capaz y no tiene absoluta libertad para disponer de su patrimonio, el deudor seguirá debiendo la pena; lo mismo sucederá si no se cumplen con las formalidades legales para que surta efectos este acto jurídico.

2.2. El Mutuo Disenso.

El fundamento legal de esta forma de extinción de la cláusula penal se encuentra en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, que permite a los contratantes quitarle la fuerza obligatoria que le han dado a los contratos o convenios que han celebrado. De esta manera, los sujetos que se obligan en un contrato sinalagmático y incumplen las obligaciones establecidas por ellos en este acto jurídico, están rompiendo de manera conjunta el vínculo jurídico que los obliga.

El incumplimiento recíproco o simultáneo de las obligaciones emanadas del contrato afecta de manera directa su existencia, en tanto que demuestra que a las partes no les interesa exigir su cumplimiento y, menos aún, reclamar el pago de la obligación penal, es decir, de manera tácita convienen en quitarle los efectos futuros (*ex nunc*) a sus obligaciones.

Esta constituye una forma directa de extinguir la obligación penal, en tanto que no se produce como consecuencia del agotamiento de la misma.

CONCLUSIONES

- La cláusula penal es un instrumento contractual por medio del cual las partes estipulan anticipadamente las consecuencias de la responsabilidad que se derivan del incumplimiento total o defectuoso de las obligaciones establecidas en el contrato.
- La cláusula penal es un instrumento jurídico de vital importancia en el derecho privado contemporáneo, porque permite a los particulares plasmar en los contratos que celebren, sus necesidades o intereses más convenientes, y que su voluntad tenga el mismo valor obligatorio de la ley, agilizando de ésta manera el tráfico jurídico contractual.
- En el derecho romano, la cláusula penal sirvió para dotar de sanción jurídica a aquellas obligaciones a las cuales el ordenamiento jurídico no reconocía ninguna tutela. Es decir, que con la *stipulatio poenae* se trataba de garantizar el efecto a las obligaciones, de otro modo incoercible.
- La cláusula penal es un acto jurídico bilateral accesorio, sujeto a una condición suspensiva, que es el hecho futuro e incierto del incumplimiento de las obligaciones contractuales por alguno de los sujetos intervinientes.

- Para su validez jurídica debe reunir los elementos propios de todo negocio jurídico, cuales son los sujetos, el objeto lícito, posible y determinado y el cumplimiento de las formalidades que establece la ley.
- Desde el punto de vista de su nacimiento, la cláusula penal es un acto jurídico bilateral; sin embargo, como negocio jurídico es estrictamente unilateral, por ser siempre un sujeto el obligado a cumplir la obligación penal.
- Es un negocio jurídico condicional, por estar sujeto a una condición suspensiva positiva o negativa dependiendo del contenido de la obligación principal, lo cual determina el momento en que se hace exigible la obligación penal, de acuerdo con la regulación de exigibilidad de las obligaciones que hace el régimen legal de la indemnización de perjuicios.
- La cláusula penal genera dos efectos: un efecto estimatorio, por cuanto evalúa de antemano los daños y perjuicios que se pueden atribuir al incumplimiento o al cumplimiento defectuoso o tardío de la obligación principal; y un efecto persuasivo (en la medida en que la cláusula penal, en razón de su onerosidad, es capaz de convencer al sujeto pasivo de la obligación principal para que cumpla ésta debidamente).

- La cláusula penal es un pacto accesorio al contrato; su naturaleza jurídica es la de un apremio que se hace al deudor, y depende de la forma en la cual es estipulada por las partes, ya que puede ser estipulada como sanción o como tasación anticipada de perjuicios.
- La cláusula penal es un pacto accesorio al contrato, por depender jurídicamente de una obligación principal. Sin embargo, en sí misma constituye un negocio jurídico al estar la declaración de voluntad dirigida a crear la obligación que impone la pena, en caso de no ejecutarse la obligación principal o de ejecutarse defectuosamente.
- Por el carácter accesorio de la cláusula penal, podemos concluir que la inexistencia de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal. Así mismo, si la obligación principal se encuentra afectada por nulidad absoluta o relativa, la cláusula penal correrá con la misma suerte, pues estaría garantizando prestaciones contrarias al orden público.
- La cláusula penal compensatoria busca reparar en forma integral el daño que se causa con el incumplimiento total de la obligación principal; por lo tanto, ésta integra el daño emergente y el lucro cesante, según el régimen general de la responsabilidad civil correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios.

- La cláusula penal moratoria busca reparar los daños ocasionados por la demora en el cumplimiento de la obligación principal; por lo tanto, a través de ella, las partes estipulan anticipadamente la indemnización correspondiente al lucro cesante.
- La cláusula penal punitiva tiene un contenido estrictamente sancionador por el incumplimiento total o defectuoso de las obligaciones establecidas en el contrato; por lo tanto, se puede demandar con la obligación principal o conjuntamente con la indemnización compensatoria y la cláusula penal moratoria.
- La cláusula penal pecuniaria que accede a un contrato administrativo, tiene un carácter eminentemente unilateral como acto jurídico y como obligación, en tanto que en su formación interviene únicamente la voluntad de la entidad pública, la cual se manifiesta mediante la publicación del pliego de condiciones y es exigible solamente al contratista particular en caso de incumplir sus obligaciones, es decir, que su valor sólo se imputará al de los perjuicios que reciba la entidad contratante.
- La ley civil otorga al deudor el derecho de pedir que la pena se rebaje a una cantidad igual al doble de la obligación principal. Todo lo que exceda el doble el deudor tiene el derecho a pedir al juez que la rebaje y, aunque el deudor exija la pena o exija la obligación principal, en ningún caso podrá recibir más del duplo de la obligación principal.

- Así mismo, si la pena pactada por el retardo y la obligación principal, se hacen exigibles al mismo tiempo, y se estipulan de una forma tal que la suma de las dos excedan al duplo de la obligación principal; se hace necesaria la intervención del juez para regular el desequilibrio contractual al cual se ve sometido el deudor.
- La regulación jurídica que tiene la cláusula penal en el Código de Comercio tiene una diferencia con la normatividad civil, en lo referente al límite de la pena: en ésta puede ser estipulada hasta el valor de la obligación principal, mientras que el Código Civil permite que sea pactada por un valor equivalente al doble de la obligación a la cual accede.
- Es subsidiaria porque solo se hace exigible cuando hay incumplimiento o cumplimiento regular de la obligación principal.
- Es de inmutabilidad relativa porque el juez está facultado a rebajar el monto de la pena cuando existe desproporción entre ésta y la obligación principal, es decir, cuando en concepto de la ley se configura la lesión enorme de la pena.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

ARTEAGA, Jesús María. ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Curso de Obligaciones. Primera edición. Bogotá: Temis. 1979. Pág. 79 a 81.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo I. Octava edición. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica DIKE. 1997. 105 a 137; 163 a 166.

BAENA UPEGUI, Mario. De las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial. Tercera Edición. Bogotá: Editorial LEGIS. S.A. 2000. Pág. 65; 265 a 266.

CANOSA TORRADO, Fernando. La Resolución de los Contratos. Incumplimiento y mutuo disenso. Tercera Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1993. Pág. 33 a 45; 87 a 97 y 313 a 339.

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO. Revista de Investigación y análisis de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario. Temas Jurídicos 11. Bogotá. 1997. Pág. 71 a 97.

CONTRERAS RESTREPO, Gustavo. TAFUR GONZALEZ, Álvaro. CASTRO GUERRERO, Arturo. Código Civil Comentado. Décima Edición. Bogotá: Editorial LEYER. 2001. Pág. 710 a 712.

GONZALES de CANCINO, Emilssen. Manual de Derecho Romano. Tercera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1991.

IGLESIAS, Juan. Instituciones de Derecho Romano. Octava Edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1983.

LEAL PEREZ, Hildebrando. Código de Comercio Comentado. Séptima Edición. Bogotá: Editorial LEYER. 2001. Pág. 335 a 337.

MEDELLÍN, Carlos J. MEDELLÍN, Carlos F. Lecciones de Derecho Romano. Decimotercera Edición. Bogotá: Editorial Temis. 1997.

NARVAEZ G, José Ignacio. Obligaciones y Contratos Mercantiles. 1 edición. Bogotá: Editorial TEMIS. 1990. Pág. 99 a 128.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Numero de la edición. Santa fe de Bogotá. Editorial TEMIS. 1994. Pág.

PEIRANO FACEO, Jorge. La Cláusula Penal. Segunda Edición. Bogotá: Editorial TEMIS. 1982.

PEREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Tercera Edición. Volumen II. Parte Primera. Bogotá: Editorial TEMIS. 1968. Pág. 10 a 28.

PEREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones. Segunda Edición. Tercer Volumen, Parte Segunda. Bogotá: Editorial TEMIS. 1955. Pág. 134 a 151.

PETIT, Eugene. Traducido por FERNANDEZ GONZALES. José. Tratado Elemental de Derecho Romano. Décima Quinta Edición. México: Editorial PORRÚA. 1999. Pág. 474 a 476.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. Ciencias Jurídicas Económicas N° 79. Dr. Gabriel Giraldo Z. Noviembre de 1990. Pág. 272 - 284.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO. N° 12. Universidad de los Andes. Facultad de derecho. Volumen VII. Bogotá. Cal Publicidad. Mayo de 1993.

RAMIREZ RAMIREZ, Jorge Octavio. La Declaratoria del incumplimiento del contrato administrativo, Las multas y la cláusula penal pecuniaria.

RODRIGUEZ ARIAS, Lino. Derecho de las Obligaciones. Primera Edición. Madrid: Editorial "Revista de Derecho Privado". 1965. Pág. 156 a 211.

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Director Miguel AGUILERA. Bogotá: Editorial KELLY. 1966. N° 189. Pág. 22 a 26.

URIBE-HOLGUÍN, Ricardo. De las obligaciones y Contratos en General. Primera Edición. Bogotá. Editorial TEMIS. 1982. Pág. 136 a 139.

VALENCIA ZEA, Arturo. MONSALVE, Arturo. Derecho Civil de las obligaciones. Novena edición, Tomo 3, Bogotá: editorial Temis.

VALLEJO MEJIA, Jesús. Manual de Obligaciones. Primera Edición. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica. 1991. Pág. 189 a 1991.

JURISPRUDENCIA.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de Mayo de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Rafael Romero Sierra.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de Junio de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1961. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de octubre de 1986. Magistrado Ponente: Dr. José Alejandro Bonivento.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de octubre de 1943. Gaceta Judicial LVI.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de mayo de 1953. Gaceta Judicial LXXI.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de marzo de 1956. Gaceta judicial LXXXII.

COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 1995. Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 27 de octubre de 1983. Anales Segundo Semestre 1983. Volumen 2. Pág. 485.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 2 de noviembre de 1937.

COLOMBIA. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Justicia. Período comprendido entre 1943 a 1947. Dr. Pedro Eliécer Rió. Pág. 203-217.

COLOMBIA. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI. N° 387-388. Imprenta departamental de Cali. Dr. Guillermo Pardo Byrne. Julio a diciembre de 1970.

COLOMBIA. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI. N° 401-402. Imprenta departamental de Cali. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. 1986-1988. Pág. 11-18.