

Contreras Calderón, Jorge Andrés

La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano

Revista de Derecho Privado, núm. 48, julio-diciembre, 2012, pp. 1-28

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033219003>



*Revista de Derecho Privado*,  
ISSN (Versión electrónica): 1909-7794  
[mv.pena235@uniandes.edu.co](mailto:mv.pena235@uniandes.edu.co)  
Universidad de Los Andes  
Colombia



## **LA TASACIÓN DE PERJUICIOS MEDIANTE CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO COLOMBIANO**

**JORGE ANDRÉS CONTRERAS CALDERÓN**

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 48

Julio - Diciembre de 2012. ISSN 1909-7794

# La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano

Jorge Andrés Contreras Calderón\*

## RESUMEN

El presente trabajo se ocupa de las distintas relaciones entre la Teoría del Daño y la Teoría de la Cláusula Penal, a partir de unas bases conceptuales extraídas de ambas teorías. Por tanto, en el primer capítulo se delimita la idea de perjuicio indemnizable y la de cada una de sus especies; igual ocurre en el segundo capítulo, ya no con la idea de perjuicio, sino con la de cláusula penal. Con estas herramientas teóricas, en el tercer capítulo se exponen y analizan los presupuestos para la aplicación de la pena indemnizatoria, y en el cuarto y último capítulo se explican los criterios que deben tenerse en cuenta en la elaboración de este tipo de pena.

**PALABRAS CLAVE:** perjuicios, tasación de perjuicios, cláusula penal, obligación principal, indemnización.

## ABSTRACT

This article concerns with the different relations between the Theory of Damages and the Theory of Penalty Clause, drawing on some fundamental concepts taken from both theories. To this purpose, in the first chapter is provided an idea of the compensable damages and its species; something similar is done in second chapter, but now with the idea of penalty clause and its different ends; based on the previous notions, in third chapter are laid out and analyzed the conditions under which a penalty clause could be applied and in fourth chapter are explained the criteria for an appropriate penalty clause.

**KEYWORDS:** damages, Damages Assessment, Penalty Clause, Main Obligation, Compensation.

---

\* Abogado y especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Becario del International Visitors Leadership Program del Departamento de Estado de los Estados Unidos, año 2011. Primer puesto, en todo el país, en los Exámenes de Estado para la Calidad de la Educación Superior (ECAES), año 2008. Profesor de Bienes, Contratos Civiles y Contratos Mercantiles de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Correo electrónico: jorge.contreras@upb.edu.co



## SUMARIO

Introducción - I. LA TEORÍA DEL DAÑO Y EL PERJUICIO EN EL DERECHO COLOMBIANO - A. *El daño y su clasificación* - 1. El concepto de daño - 2. Clases de daños - B. *El perjuicio y su clasificación* - 1. El concepto de perjuicio - 2. Clases de perjuicios - 2.1. El perjuicio patrimonial - 2.2. Los perjuicios extrapatrimoniales - II. LA TASACIÓN ANTICIPADA DE PERJUICIOS MEDIANTE CLÁUSULA PENAL - A. *Naturaleza jurídica de la cláusula penal* - 1. El concepto de cláusula penal - B. *Funciones de la cláusula penal* - 1. Antecedentes de las funciones de la cláusula penal en el derecho colombiano - 1.1. La cláusula en la antigua Roma - 1.2. La cláusula en la España colonial - 1.3. La cláusula en el derecho francés moderno - 2. La cláusula penal en el derecho colombiano - 2.1. La cláusula penal indemnizatoria y la cláusula penal sancionatoria - III. OBLIGACIONES, INCUMPLIMIENTOS Y PERJUICIOS SUJETOS A LA PENA - A. *Los requisitos de la responsabilidad civil* - 1. El hecho contrario a derecho y la cláusula penal: el incumplimiento de la obligación principal - 1.1. Cómo se incumplen las obligaciones de los contratos - 2. Perjuicios estimables mediante cláusula penal - 2.1. El concepto de los perjuicios compensatorios y moratorios - 2.2. Relación de los perjuicios compensatorios y moratorios con los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales - IV. LA TASACIÓN ANTICIPADA DE PERJUICIOS MEDIANTE CLÁUSULA PENAL - A. *Formas de tasar perjuicios mediante cláusula penal* - 1. Primera recomendación: individualizar las obligaciones sujetas a la cláusula penal, atendiendo a la naturaleza de la obligación - 2. Segunda recomendación: diferenciar expresamente la cláusula penal compensatoria de la cláusula penal moratoria - 3. Tercera recomendación: evitar la lesión enorme - 3.1. Frente a obligaciones de naturaleza civil - 3.2. Frente a obligaciones de naturaleza mercantil - 4. Cuarta recomendación: adaptar la cláusula penal a la regulación especial sobre obligaciones dinerarias - 4.1. Obligaciones pecuniarias de naturaleza mercantil - 4.1.1. *Obligaciones pecuniarias de naturaleza civil* - V. CONCLUSIONES - Bibliografía - Jurisprudencia.

## Introducción

Es difícil, y por lo general infructuoso, indagar en los textos colombianos de doctrina sobre obligaciones por un análisis juicioso de las relaciones existentes entre la Teoría de la Cláusula Penal y la Teoría del daño<sup>1</sup>. Existen, por supuesto, puntos de partida para el análisis que aquí reclamo: se ha dicho ya que la pena en sí misma es una obligación sujeta a condición suspensiva, y que esta condición consiste en el incumplimiento de otra obligación; hay consenso además en que, una vez verificada la condición, la cláusula penal servirá, **en principio, como tasación anticipada** de “todos los perjuicios que habrá de experimentar el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal” (Ospina, 2008: 151; Solar, 1992: 508).

Aún así, la mayoría de nuestros autores han evadido interrogantes de primer orden con ocasión de la cláusula penal y del perjuicio con ella tasado, en particular los siguientes: de los perjuicios de que se ocupa la Teoría de la Responsabilidad Civil, **¿cuáles pueden ser tasados anticipadamente mediante cláusula penal?**; ¿qué clase de incumplimientos son los que desatan la pena pactada?; ¿cómo deben tasarse los perjuicios al momento de pactarse la pena? A estas preguntas, cuya decantada respuesta parece relegada a la jurisprudencia (en mala hora, hay que advertirlo, dadas las limitaciones inherentes al discurso de casación), se les dará contestación en este escrito, que tiene por finalidad, precisa-

mente, estudiar las relaciones existentes entre la Teoría de la Cláusula Penal — que hace parte de la Teoría de las Obligaciones— y la Teoría del Daño —que hace parte de la Teoría de la Responsabilidad Civil—.

Para lograr este propósito se ha dividido el trabajo en cuatro capítulos: en el primero se asume y explica la diferencia entre el concepto de daño y el concepto de perjuicio, ilustrándola con doctrina y jurisprudencia nacional acerca de la Teoría del Daño; en el segundo se exponen las fuentes históricas de las funciones de la cláusula penal en el régimen legal colombiano, haciendo especial énfasis en la función indemnizatoria; en el tercero se inquiere la naturaleza de las obligaciones, incumplimientos y perjuicios que originan el deber de pagar la pena indemnizatoria y, finalmente, en el cuarto capítulo se explican los criterios esenciales para la correcta elaboración de una cláusula penal indemnizatoria.

## I. LA TEORÍA DEL DAÑO Y EL PERJUICIO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Aunque la doctrina discute aún sobre la utilidad de atribuir conceptos distintos a las expresiones “daño” y “perjuicio”, esta distinción, además de fundada, facilita comprender la naturaleza de las diferentes clases de perjuicios indemnizables acogidas por el derecho colombiano.

<sup>1</sup> De hecho, la única y grata excepción que conozco es el trabajo sobre el Derecho de las obligaciones, publicado recientemente por la Universidad de los Andes y la Editorial Temis, y al cual he de referirme en varias ocasiones a lo largo de este escrito.

## A. El daño y su clasificación

### 1. El concepto de daño

*El daño es la destrucción o deterioro de un bien jurídico; un bien es toda cosa que satisface una necesidad humana, y un bien jurídico es un bien cuyo goce el derecho permite a una persona determinada o a una colectividad más o menos determinada, imponiendo una sanción a quien, sin facultad jurídica alguna, impida el goce del bien a esa persona o colectividad.*

En algunas ocasiones, el goce del bien está tutelado únicamente desde el derecho privado; esto ocurre cuando el Estado considera que el goce concierne solo al interés<sup>2</sup> particular, lo cual se manifiesta en que la única sanción aplicable a quien lo impida será el deber de indemnizar los perjuicios derivados del impedimento<sup>3</sup>.

En otras ocasiones, el goce del bien se encuentra tutelado no solo desde el derecho privado, sino además desde el derecho público. En estos casos, a quien impida el goce del bien se le sanciona con penas establecidas por cualesquier ramas del derecho público<sup>4</sup>, hecho que manifiesta el interés público en el goce del bien.

2 Interés es el nombre que recibe la relación existente entre una persona o colectividad que soporta una necesidad y un bien apto para satisfacer dicha necesidad.

3 Los impedimentos al goce de un bien jurídico no provienen necesariamente de un daño al bien.

4 Por ejemplo, una multa, la pérdida de investidura o la privación de la libertad, sanciones analizadas por las dogmáticas administrativa y penal.

## 2. Clases de daños

La doctrina y jurisprudencia colombianas clasifican los daños en *patrimoniales* y *extrapatrimoniales*, situación que reclama las siguientes dos precisiones: en primer lugar, esta clasificación aplica tanto a los daños como a los perjuicios, sin que en ambos casos tenga el mismo contenido, como se verá en la segunda parte de este primer capítulo; y en segundo lugar, esta clasificación, históricamente, parte de la distinción entre bienes jurídicos estimables en dinero y bienes jurídicos no estimables en dinero hecha por la Teoría de los Bienes y de los Derechos Reales.

Haciendo, entonces, un rastreo detallado de la relación entre estas tres clasificaciones (la de los bienes, la de los daños y la de los perjuicios), se encuentra lo siguiente: primero, que en ocasiones la doctrina y la jurisprudencia denominan daño patrimonial al daño a un bien apreciable en dinero (bien patrimonial) y daño extrapatrimonial al daño a un bien no apreciable en dinero (bien extrapatrimonial); segundo, que en otras ocasiones la doctrina y la jurisprudencia hablan de daño patrimonial o de daño extrapatrimonial para clasificar *los perjuicios*, aun cuando estos perjuicios no consistan en sí mismos en daños a un bien jurídico patrimonial o extrapatrimonial; tercero, que el daño a un bien jurídico es un hecho distinto a un perjuicio indemnizable; y cuarto, por lo anterior, el daño patrimonial no equivale al perjuicio patrimonial ni el daño extrapatrimonial equivale al perjuicio extrapatrimonial.

## B. El perjuicio y su clasificación

### 1. El concepto de perjuicio

En efecto, no puede confundirse el daño con el perjuicio: el daño, se reitera, es la destrucción o deterioro de un bien jurídico<sup>5</sup>; *el perjuicio indemnizable es todo mal que sufre una persona como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico por parte de otra persona*.

Ahora bien, en ocasiones, el incumplimiento de un deber consiste concretamente en *dañar un bien jurídico*, y será esta la causa concreta de los perjuicios, pero ni siquiera en estas ocasiones los perjuicios se confunden con el daño. De allí que pueda afirmarse lo siguiente: se dañan los bienes, pero se perjudican las personas.

Todo lo anterior exige descartar de este artículo el concepto de perjuicio como la lesión “del interés jurídicamente protegido” (Corte Suprema de Justicia, 2011) o “de un beneficio legítimo<sup>6</sup>”, expresiones que usualmente se emplean para caracterizar por igual, impropriamente, supuestos de daños y supuestos de perjuicios. La primera definición es imprecisa —que no abstracta—, porque traslada la discusión a lo que en ella ha de entenderse por “interés jurídicamente protegido”, locución incómoda por su excesiva ambigüedad en este contexto; la segunda

definición, por su parte, al hablar de “beneficio legítimo”, sufre de estrechez semántica, y obliga a excluir, *de aplicarse con rigor*, aquellos males que no consisten precisamente en la pérdida de un beneficio.<sup>7</sup>

### 2. Clases de perjuicios

Los perjuicios, así como los daños, pueden clasificarse en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los patrimoniales se dividen en perjuicio emergente y lucro cesante; los extrapatrimoniales, por su parte, en perjuicio moral y perjuicio a la vida de relación.

Previo al análisis de esta clasificación, adviértase que *la forma en que los perjuicios se relacionan con el patrimonio de una persona es distinta y mucho más compleja a la manera en que lo hacen los daños*, idea cuya feliz comprensión merece un muy breve repaso del concepto de “patrimonio”: la dogmática civil define el patrimonio como un atributo de la persona, consistente en el conjunto de sus derechos y obligaciones con objeto susceptible de estimación en dinero.<sup>8</sup> Del patrimonio no hacen parte

5 Si el bien es apreciable en dinero, se dice que el daño es patrimonial; si el bien no es apreciable en dinero, se dice que el daño es extrapatrimonial.

6 “Así las cosas, podemos concluir que el daño cierto y personal es indemnizable cuando recae sobre un beneficio que la ley no prohíbe disfrutar y que por lo mismo debía respetar el responsable, a pesar de que la víctima no tuviera un derecho real y personal sobre el bien dañado”. (Tamayo, 2009: Tomo II, p. 446).

7 El profesor Javier Tamayo (2009: 484) niega actualmente la distinción entre daño y perjuicio: “... si a causa de determinado daño se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima directa o de un tercero, es porque se han producido varios daños y no uno. Por tanto, cada bien lesionado es un perjuicio con entidad propia. La simple pérdida de la vida o de la integridad personal es un daño extrapatrimonial que exige reparación; por ello, preferimos renunciar a la distinción entre daño y perjuicio, pues desde el momento en que se afecte un bien de la vida hay un daño”.

8 “El patrimonio es el conjunto de los derechos civiles de una persona y de sus obligaciones sobre objetos que constituyen bienes”. (Claro, 1992: Tomo Sexto, p. 278); “El patrimonio es un atributo de la personalidad humana que comprende el conjunto de todos sus bienes y obligaciones apreciables en dinero”. (Carrizosa, 1966: 9).



entonces, estrictamente, bienes, sino derechos y obligaciones cuyo objeto son bienes susceptibles de apreciarse en dinero (y que por ello reciben, respectivamente, el nombre de “activos” y “pasivos”); sin embargo, en virtud de una sinécdoque acuñada por la Teoría de la Responsabilidad Civil, lo habitual es decir que lo patrimonial es el bien objeto del derecho y no el derecho mismo y, por tal razón, en este contexto es común hablar de bienes patrimoniales y de bienes extrapatrimoniales, como ya ha habido ocasión de advertirlo.

### 2.1. El perjuicio patrimonial

Apoyados en las anteriores precisiones, ha de entenderse por perjuicio patrimonial *el empobrecimiento o la pérdida de la oportunidad de enriquecimiento de una persona*.

Al empobrecimiento, la ley, la jurisprudencia y la doctrina lo han llamado daño o perjuicio emergente. Para el legislador, el perjuicio emergente es “*la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento*” (Código Civil, 2012: art. 1614); la Corte Suprema de Justicia, especificando el objeto de la pérdida e incluyendo además el pasivo, lo define como el que “abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad.” Corte Suprema de Justicia, 2000a); y, según el profesor Javier Tamayo, este perjuicio se presenta “cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió

o saldrá del patrimonio de la víctima.” (Tamayo, 2007: Tomo II, p. 474).

De lo anterior se concluye que el perjuicio emergente o empobrecimiento de una persona puede ocurrir de tres maneras: por la salida de un activo, por la desvalorización de un activo o por el ingreso de un pasivo al patrimonio, sin ninguna compensación equivalente.

Por su parte, a la pérdida de la oportunidad de enriquecimiento de una persona, la ley, la jurisprudencia y la doctrina la han llamado lucro cesante. Para el legislador, el lucro cesante consiste en “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (Código Civil, 2012: art. 1614); según la Corte Suprema de Justicia este perjuicio “está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho” (Corte Suprema de Justicia, 2000a); y para el profesor Tamayo, hay lucro cesante “cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.” (Tamayo, 2007: 474).

De lo anterior se concluye que hay lucro cesante o pérdida de la oportunidad de enriquecimiento cuando al patrimonio de una persona no ingresa un activo cuyo ingreso probable era predicable conforme a los datos de la experiencia.

## 2.2. Los perjuicios extrapatrimoniales

*Los perjuicios extrapatrimoniales son los no patrimoniales.* Esta definición tiene la estructura de un juicio infinito<sup>9</sup>, y cumple la función de establecer límites al sujeto, esto es, de determinar aquello en que no consiste. Se ha precisado, pues, lo que no son los perjuicios extrapatrimoniales, dejando abierto un campo infinito que la jurisprudencia y la doctrina van ocupando de a poco.<sup>10</sup>

Por lo pronto, en el derecho colombiano se han consolidado con claridad dos especies de perjuicios extrapatrimoniales: el perjuicio moral subjetivo y el perjuicio a la vida de relación.

Mientras que *el perjuicio moral subjetivo es la aflicción que sufre una persona, el perjuicio a la vida de relación es la pérdida o disminución de la capacidad que tiene una persona de relacionarse físicamente con las cosas existentes*<sup>11</sup> y *extraer de ellas un placer determinado*.<sup>12</sup> Es-

tos males se califican como perjuicios cuando se originan en el hecho de quien incumple un deber jurídico, incumplimiento consistente *muchas veces, aunque no siempre*, en el daño a un bien jurídico patrimonial o extrapatrimonial.

Ahora bien, no debe incluirse el perjuicio moral objetivado dentro de la clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales, ya que este es simplemente un perjuicio patrimonial derivado de un perjuicio moral subjetivo; así, por ejemplo, quien por razón de un daño a su integridad física (daño extrapatrimonial) sufre fuertes dolores de cabeza (perjuicio moral subjetivo) podría padecer además un lucro cesante por incapacidad laboral (perjuicio patrimonial). Hablar de perjuicios morales objetivados equivale, entonces, a determinar el origen extrapatrimonial de un perjuicio patrimonial.

## II. LA TASACIÓN ANTICIPADA DE PERJUICIOS MEDIANTE CLÁUSULA PENAL

Para comprender la naturaleza jurídica<sup>13</sup> de la cláusula penal basta con una buena definición; sin embargo, para comprender cómo puede emplearse en la tasación de las distintas clases de perjuicios, es necesario estudiar también sus funciones.

9 "Según la cualidad los juicios se dividen en afirmativos, negativos e infinitos. Afirmativos son aquellos que predicán el predicado del sujeto como cuando decimos: A es B, o Juan es argentino; negativos, aquellos que no predicán el predicado del sujeto, como cuando decimos, por ejemplo: el átomo no es simple; infinitos son aquellos que predicán del sujeto la negación del predicado, como cuando decimos, por ejemplo: los pájaros son no mamíferos; donde no decimos lo que son, sino que todo un sector del ser —los mamíferos— no pertenecen a los pájaros, pero quedando abierto un número infinito de posibilidades de que los pájaros sean otra cosa". (García, 1938/2007: 210).

10 "Hay perjuicios extrapatrimoniales de la más diversa índole y es casi imposible clasificarlos con exactitud, pues son muchos los bienes extrapatrimoniales protegidos por la Constitución y las leyes." (Tamayo, 2007: Tomo II, p. 503).

11 Existir, del latín *existere*, significa, por su etimología, "ser afuera". Lo existente es lo que está fuera de mí. Nos relacionamos, pues, con las cosas existentes, que son las cosas del mundo exterior, y es a estas a las que atiende la definición.

12 "De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual

acoge plenamente esta corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externo, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquel que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral" (Consejo de Estado, 2000).

13 Aquello que hace que para el derecho ella sea una cosa y no otra.

## A. Naturaleza jurídica de la cláusula penal

### 1. El concepto de cláusula penal

En la jurisprudencia y la doctrina es habitual encontrar dos acepciones de 'cláusula penal', y la diferencia entre una y otra, como se verá, es la que existe entre dos especies de un mismo género.

Sin embargo, como ahora interesa conocer el género y no sus especies, se partirá de la definición legal del artículo 1592 del Código Civil colombiano, por ser en Colombia el dato normativo principal para la elaboración del concepto buscado: "Artículo 1592. 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 retardar la obligación principal".

Del enunciado en cita se extrae con claridad que la *cláusula penal* es una norma particular y concreta<sup>14</sup> que en un contrato prescribe una obligación condicionada al incumplimiento de otra obligación<sup>15</sup>. No es clara, sin embargo, la

manera en que la cláusula aseguraría "el cumplimiento de la obligación".

Para algunos, empezando por la Corte Suprema de Justicia, la cautela radica en que la cláusula facilita el cobro de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación garantizada:

Según esta definición<sup>16</sup>, 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 estimativo y aproximado", que en principio debe considerarse "equitativo" (...) 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 cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen 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 en cuanto tal a facilitar su exigibilidad*.<sup>17</sup> (Corte Suprema de Justicia, 2000b).

14 Cuando se habla de "cláusula" parece aludirse solo a enunciados normativos de carácter escrito; el nombre es infortunado, y lo cierto es que, en un sentido estricto, la cláusula penal es la norma enunciada, aun cuando no lo sea por escrito. Esto conlleva, por supuesto, a hablar de contratos verbales con cláusula penal.

15 Obligación contractual o extracontractual: "Aunque la cláusula penal es más corriente en las obligaciones contractuales, y por lo tanto opera como convención de la responsabilidad contractual, no parece que puedan excluirse del ámbito de su aplicación las obligaciones que provengan de fuentes no contractuales, incluidos los deberes de cuidado que generan responsabilidad extracontractual. Para ello es necesario que las partes involucradas se conozcan y prevean que por alguna situación podrían producirse daños extracontractuales entre ellas. Así se puede pensar en el caso de un cazador al que el propietario de un fundo autoriza a entrar para cazar, pero conviniendo en una suma determinada como pena por los eventuales perjuicios que podría causar en los cultivos.

Lo mismo podría suceder si el constructor conviene en una evaluación anticipada de los perjuicios que las obras podrían causar a los vecinos del edificio en construcción o si el dueño de una fábrica de fuegos artificiales conviene con los vecinos una pena, además de los perjuicios, para el caso de que por su actividad cause daños a las propiedades colindantes." Hernán Corral Talciani, en *Cláusula Penal y Convenciones Modificadoras de la Responsabilidad*. (Artículo tomado de la base de datos de V/Lex).

16 Se refiere a la del citado artículo 1592.

17 Es bastante cuestionable atribuirle a la tasación anticipada de perjuicios la función de cautelar el cumplimiento de la obligación principal, pues, para tal fin, lo relevante no es simplificar el cobro, sino facilitar la obtención del pago con un patrimonio adicional o mediante una preferencia.

Para otros —de hecho, apoyados en el mismo artículo—, la cautela consiste en que la cláusula compele psicológicamente al deudor a cumplir, pues sabe que de lo contrario estaría expuesto a una sanción adicional a la dispuesta ya como responsabilidad civil: “Ostensible resulta su finalidad compulsiva, aflictiva y punitiva, y su correspondencia con las “Siete partidas”; se está en frente de “una pena”, no de una presunta indemnización de perjuicios” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, 1987).

Pues bien, independientemente de la función que cumpla o de la manera en que cumpla esta función, por ahora basta concluir que *la cláusula penal es aquella norma particular y concreta que en un contrato prescribe una obligación condicionada al incumplimiento de otra obligación*.

## **B. Funciones de la cláusula penal**

### **1. Antecedentes de las funciones de la cláusula penal en el derecho colombiano<sup>18</sup>**

#### **1.1. La cláusula en la Antigua Roma**

En el antiguo derecho romano, las obligaciones convencionales de *hacer* o *no hacer* no estuvieron tuteladas por la ley, pues ni las partes ni el juez podían forzar al deudor incumplido a pagar-

las. Surgió entonces la “*stipulatio poenae*” como medio intimidante para que el deudor cumpliera lo prometido, de tal manera que, al no hacerlo, debiera la pena pactada, consistente en *dar* una suma de dinero, cuyo pago sí podía forzar el juez.

Tiempo después surgió en Roma la acción de cumplimiento forzado frente a las obligaciones de hacer y de no hacer, aunque persistió la práctica de la “*stipulatio poenae*”, como simple sanción ante el incumplimiento. Fue entonces, la romana, una cláusula penal de apremio, compulsiva, sancionatoria o aflictiva, no una estimación anticipada de perjuicios.

#### **1.2. La cláusula en la España colonial**

La función exclusivamente punitiva de la cláusula penal continuó en el derecho español medieval, y prueba de ello es la partida quinta, título XI, según la cual ella consiste en “la pena puesta a placer de ambas partes y que los hombres suelen ponerlas a veces en las promesas que hacen con el objeto de que ellas sean más firmes y mejor guardadas”.

#### **1.3. La cláusula en el derecho francés moderno**

La función de la cláusula penal en el derecho francés —y de allí que también en el colombiano— es distinta a la encontrada en el antiguo derecho romano y español.

En efecto, el jurista medieval francés Charles Dumoulin (1500–1566), en sus obras *Estrincatio Labyrinthi dividi et individu* y *Tract de eoquod interest*, malinterpretó el alcance de algunos

<sup>18</sup> Para el desarrollo de este apartado me baso en los libros sobre la cláusula penal de la profesora y exmagistrada argentina Aida Kemelmajer de Carlucci y del difunto profesor uruguayo Jorge Peirano Facio. Sobre la historia de la cláusula penal recomiendo, asimismo, la siguiente sentencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009). Ref.: Expediente No. 68001 3103 001 2001 00389 01.

principios del derecho romano y desarrolló una teoría de la cláusula penal distinta a la clásica.

Este sistema de Dumoulin fue acogido y desarrollado posteriormente por Robert Joseph Pothier (1699–1772) en su *Tratado de las Obligaciones*, y una de las cuestiones que han destacado los comentaristas de este texto es la poca importancia que el autor francés atribuyó a la función de la cláusula penal, ya que no precisó con suficientes claridad y detalle si la misma consiste en una liquidación anticipada de perjuicios, en una simple sanción ante el incumplimiento de la obligación principal o si admitía ambas alternativas:

... Así, en la definición de la cláusula penal, se dice que reviste los caracteres de tal aquella por la cual una persona ‘para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se obliga por medio de una pena, a cualquier cosa en caso de inejecución de ese compromiso’. De esta manera parece subrayarse el sentido ‘reforzatorio’ de la cláusula penal y el escaso valor que se le atribuye como liquidación anticipada de daños y perjuicios.

Sin embargo, creer que tal es la opinión definitiva de POTHIER acerca del punto, sería extraer de su definición una consecuencia apresurada. A pesar del tenor literal de la frase que acabamos de transcribir, del contexto de la obra de POTHIER resulta que la cláusula penal se pacta para proceder por medio de ella a una liquidación convencional y anticipada de los eventuales daños y perjuicios que pudieran emerger del incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. Cuando POTHIER formula su definición de la cláusula penal, en realidad aporta solo un

concepto vacío, una mera forma, que se transcribe de los viejos textos del derecho romano. Por este motivo se explica que no exista en el tratado de POTHIER un solo comentario a esta definición que a tantas precisiones se presta, especialmente si se la vincula al tema de la fuerza obligatoria de los contratos.

La veracidad de nuestra afirmación acerca de la verdadera naturaleza de la cláusula penal en el sistema de POTHIER y de la ninguna entidad que corresponde atribuir a su definición, aparece más clara aun con solo recordar que luego, al estudiar el autor los principios que explican la ‘naturaleza’ de la obligación con cláusula penal, coloca entre ellos el ‘Cuarto principio’, que dice: ‘Esta pena es estipulada en la intención de indemnizar al acreedor; ella es, por consiguiente, indemnizatoria por los daños y perjuicios que sufre por la inejecución de la obligación principal (Peirano, 1982: 47-48).

Pues bien, en tanto el *Tratado de las obligaciones* de Pothier influyó directamente en la redacción del Código Civil francés de 1804, se entiende por qué esta legislación no fue auténticamente romanista en su regulación de la cláusula penal: porque mientras en el antiguo derecho romano y español la cláusula fue netamente sancionatoria, en Francia ella no persigue otra cosa que la tasación anticipada de perjuicios. Lo confirman así los artículos 1228 y 1229 del Código Civil francés:

**Artículo 1228.** *Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l’exécution de l’obligation principale.*<sup>19</sup>

19 “El acreedor, en lugar de demandar la pena estipulada contra el deudor que está en mora, puede pedir la ejecución de la obligación principal”.



Artículo 1229. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.<sup>20</sup>

## 2. La cláusula penal en el derecho colombiano

### 2.1. La cláusula penal indemnizatoria y la cláusula penal sancionatoria

El Código Civil francés fue una de las fuentes en que abrevó don Andrés Bello para su regulación de la cláusula penal, pero esto no impidió que el jurista caraqueño rescatara la función clásica del antiguo derecho romano. Así, mientras el inciso primero del artículo 1229 arriba transcrito condensa el pensamiento de Dumoulin y de Pothier, perdiendo completamente la cláusula penal su carácter punitivo y convirtiéndose, de forma exclusiva, en una estimación anticipada de perjuicios, no existe un texto igual en el Código Civil chileno ni en el colombiano; por tal razón, en nuestro ordenamiento tal cláusula podría ser indemnizatoria o exclusivamente punitiva (también llamada sancionatoria o de apremio).

Lo anterior se desprende, muy especialmente, de los artículos 1594 y 1600 de nuestro Código Civil:

20 "La cláusula penal es la estimación convencional y anticipada de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la inejecución de la obligación principal. Este no podrá reclamar al mismo tiempo la obligación principal y la pena, a menos que esta hubiera sido estipulada para el simple retraso".

Artículo 1594. 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 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.

(...)

Artículo 1600. 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.

Es bien sabido que el primer enunciado se construyó a partir de los artículos 1228 y del inciso segundo del artículo 1229 del Código Civil francés<sup>21</sup>, y que el segundo reitera simplemente el primero.

Ahora, adviértase que en Francia se justifica el que no pueda pedirse al mismo tiempo la obligación principal y la cláusula penal, *salvo cuando se pacte la cláusula por el simple retardo*, pues de lo contrario se estaría cobrando la indemnización de unos perjuicios no causados. Queda por esclarecer, no obstante, si de pactarse la cláusula por el simple retardo, ha de entenderse la misma como una tasación anticipada de *perjuicios moratorios* o tan solo como una *sanción*

21 Lo que se evidencia con la simple comparación de los artículos.

por el simple retardo; o más aun: ¿podrían combinarse ambos tipos de cláusulas por mora?

En Colombia, con la dualidad de funciones,<sup>22</sup> podría plantearse incluso una combinación mucho más compleja de cláusulas penales en un mismo contrato: una cláusula penal compensatoria (I) y una cláusula penal sancionatoria o punitiva por la inejecución o ejecución imperfecta de la obligación (II); sumado a lo anterior, podrían establecerse, aun en el mismo contrato, dos cláusulas penales por mora: una para indemnizar los perjuicios originados en el retardo (III) y otra como simple sanción por el retardo (IV). En este caso, habría cuatro cláusulas penales en un mismo contrato<sup>23</sup>: dos indemnizatorias y dos sancionatorias (también llamadas de apremio o punitivas).<sup>24</sup>

22 "Según quedó enunciado, en nuestro ordenamiento positivo no es de recibo la opinión que reduce la efectividad de la cláusula penal al solo campo de la estimación de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación principal, sino que dicha cláusula cumple las otras funciones que ya tenía asignadas en el derecho romano y en el español antiguo; así puede ella también constituir un medio de apremio al deudor, y puede servir igualmente de caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal" (Ospina, 2008: 146).

23 Esta misma interpretación ya ha sido considerada por otras personas, incluso al interior de la rama judicial (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, 1987).

24 Por ejemplo: Pedro se obliga a transferirle a Juan el dominio de una casa avaluada en 200'000 000 millones de pesos, a más tardar el primero de enero del 2012. En el contrato se pacta lo siguiente:

"Que en el caso de incumplimiento, Pedro se obliga a pagarle a Juan las siguientes sumas de dinero:

200'000 000 millones de pesos como tasación anticipada de perjuicios compensatorios.

200'000 000 millones de pesos como simple sanción por el incumplimiento puro y simple.

500 000 mil pesos diarios por cada día de retardo en el pago de la obligación principal, como indemnización por la mora.

500 00 mil pesos diarios por cada día de retardo en el pago de la obligación principal, como simple sanción por la mora."

### III. OBLIGACIONES, INCUMPLIMIENTOS Y PERJUICIOS SUJETOS A LA PENA

La tasación anticipada de perjuicios mediante cláusula penal presupone que estos deban resarcirse por el deudor de la obligación principal —aun no siendo él el obligado a la pena—, para lo cual han de cumplirse los requisitos de la responsabilidad civil.

#### A. Los requisitos de la responsabilidad civil

La doctrina tradicional sobre la responsabilidad civil —esto es, la doctrina francesa— señala cuatro requisitos para que nazca el deber de indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento de otro deber jurídico: el hecho contrario a derecho, el perjuicio, la culpa y el nexo causal.<sup>25</sup>

De los anteriores requisitos solo han de estudiarse los primeros dos, que son el hecho contrario a derecho y el perjuicio: el primero, por ser el único imprescindible para la eficacia de toda cláusula penal, y el segundo porque, si bien es prescindible<sup>26</sup>, constituye el objeto mismo de la

25 De acuerdo con Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecassas, en Argentina, el principal exponente de esta doctrina fue el profesor Jorge Joaquín Llambías (1911-1987): "Como "presupuestos" de la responsabilidad del deudor —para nosotros contratante incumplidor— menciona Llambías:

1. Incumplimiento del deudor; 2. Imputabilidad del incumplimiento al deudor en razón de su culpa o dolo; 3. daño sufrido por el acreedor, y relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor." (Mossete, Piedecassas, 2007:19). En Colombia, la mayoría de doctrinantes parecen acogerse a esta teoría: además del Dr. Javier Tamayo (2009: Tomo I, p. 187), podrá encontrarse de forma idéntica en los textos del magistrado Jaime Arrubla Paucar (2008: Tomo I, p. 381) y del difunto profesor Guillermo Ospina Fernández (2008: 94).

26 Código Civil. Artículo 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor

tasación penal (es aquello que se tasa). Vale advertir acá que esta lista de requisitos, así como la manera de interpretarlos, ha ido perdiendo vigencia en el derecho colombiano, debido a que sus muchas inconsistencias e imprecisiones, denunciadas desde el siglo pasado por las doctrinas alemana e italiana, son reconocidas cada vez más en el ámbito local.<sup>27</sup> Consecuencia fundamental de lo anterior es que actualmente son muchas las hipótesis en las que el incumplimiento material basta como factor de imputación, prescindiéndose en ocasiones del dolo o la culpa e incluso del nexo de causalidad.

## 1. El hecho contrario a derecho y la cláusula penal: el incumplimiento de la obligación principal

Si bien ya se ha advertido que la cláusula penal puede pactarse también como tasación anticipada de perjuicios relacionados con la responsabilidad civil extracontractual, el supuesto es francamente excepcional, y lo ordinario es que ella sea un elemento accidental al contrato que prescribe la obligación principal. Conviene, por tanto, un análisis especial del incumplimiento de la obligación principal, cuando ella tenga por fuente un contrato.

### 1.1. Cómo se incumplen las obligaciones de los contratos

El incumplimiento de una obligación puede ser absoluto, relativo y con relación al tiempo<sup>28</sup>. Al incumplimiento absoluto también se le conoce como incumplimiento puro y simple; al relativo, como cumplimiento parcial o defectuoso (según el caso), y a aquel con relación al tiempo, como cumplimiento tardío o moroso (Tamayo, 2009: Tomo I, p. 32).

Pues bien, todas las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto admiten la primera y última modalidad de incumplimiento, pero solo admitirían incumplimiento relativo aquellas que consistan en dar un derecho real divisible<sup>29</sup>; en cambio, si se trata de una obligación de dar, que además sea de género, habría un incumplimiento relativo en el caso de que se deba una pluralidad de individuos del género y se paguen tan solo algunos de ellos.<sup>30</sup>

Las obligaciones de hacer, por su parte, admiten todas ellas las tres modalidades de incumplimiento; esto incluye a la obligación de entregar y a la de conservar una especie o cuerpo cierto, advirtiendo que el incumplimiento absoluto de

que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

27 En la jurisprudencia, el Magistrado Willian Namén Vargas y en doctrina el Dr. Fernando Hineirota portan el estandarte del remezón al derecho "franco-colombiano".

28 Así lo clasificaron Iturraspe y Piedecassas (2007:40).

29 Los únicos derechos reales divisibles son el de dominio, el de herencia y el de usufructo. Como no es posible dar parcialmente el derecho real de prenda, el de hipoteca, el de uso, habitación y servidumbre, pues son derechos reales indivisibles, no es posible un incumplimiento relativo.

30 Las obligaciones de género también se conocen como obligaciones de cosas que se cuentan, pesan o miden, pues no solo se determinan por el género, sino además, necesariamente, por el número, peso o medida, según la naturaleza del género. De esta manera, en caso de deberse una pluralidad de individuos, la obligación puede ser cumplida parcialmente.



la obligación de conservar, puede acarrear el incumplimiento absoluto de la obligación de entregar, lo cual sucede específicamente cuando el bien se ha destruido durante la guarda.

Finalmente, las obligaciones de no hacer o prohibiciones solo pueden ser objeto de la primera especie de incumplimiento: incumplir absolutamente una obligación de no hacer equivale a ejecutar total o *parcialmente* aquello que no debía hacerse. Se descarta además la mora, por ser absurdo contemplar siquiera la posibilidad de retardo en aquello que no ha de ocurrir, precisamente, porque no debe ocurrir.

## 2. El perjuicio y la cláusula penal

Mediante cláusula penal podrá tasarse de forma anticipada cualquier tipo de perjuicio patrimonial o extrapatrimonial, sin importar su origen contractual o extracontractual. No obstante, el régimen sobre la cláusula penal en el Código Civil colombiano no se valió de esta clasificación doctrinal de los distintos males derivados de la infracción a un deber y, por el contrario, en él yace implícita una distinción diferente: la de los perjuicios compensatorios y moratorios.

Es preciso entonces establecer el alcance semántico de esta otra clase de perjuicios, y relacionarlos luego con los patrimoniales y extrapatrimoniales.

### 2.1. El concepto de los perjuicios compensatorios y moratorios

Nuestro legislador civil no definió el concepto de perjuicio compensatorio o moratorio; es más, ni

siquiera emplea estas expresiones, que son ya de antiguo cuño doctrinal. Ellas, así como las ideas a que aluden, fueron desarrolladas en Latinoamérica por la doctrina<sup>31</sup> de aquellos países que siguieron en mayor o menor medida al Código Civil de don Andrés Bello o Código Civil chileno, que en su artículo 1537 (correspondiente al artículo 1594 del Código Civil colombiano) dispone lo siguiente:

Art. 1537. 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 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.

Distinguió entonces este artículo entre tres clases de cláusula penal: la relativa al incumplimiento de la obligación principal, para la indemnización de los perjuicios provenientes del incumplimiento<sup>32</sup>; la relativa al simple retardo en el cumplimiento de la obligación principal, para la indemnización de los perjuicios provenientes del retardo<sup>33</sup>, y la relativa al incumplimiento de la obligación principal, como simple sanción por

31 Valga aclarar, a partir de la doctrina francesa, concretamente la de Planiol y Ripert y la de Colin y Capitant.

32 "... no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal".

33 "... a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo".

el incumplimiento (y no para la indemnización de perjuicios)<sup>34</sup>.

No se estudiará la última especie de cláusula, que es la sancionatoria o de apremio, en tanto no es pertinente al tema que aquí concierne. Las primeras dos, por el contrario, corresponden a lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan respectivamente ‘cláusula penal compensatoria’ y ‘cláusula penal moratoria’, pues tasan anticipadamente los ‘perjuicios compensatorios’ y los ‘perjuicios moratorios’.

De entrada, extraña la falta de claridad y consenso respecto al verdadero contenido de las expresiones precedentes, a cuya idea precisa ha de llegarse, por consiguiente, previa una delicada comparación de la mejor doctrina sobre la materia.<sup>35</sup>

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

35 Incluso la mejor doctrina (v. gr. Ospina, 2008:151) puede oscurecer lo que ya es penumbra cuando torpemente afirma que los perjuicios compensatorios reemplazan a la obligación principal. De allí derivan el que no pueda exigirse al mismo tiempo el pago de esta y de aquellos, sin violar el principio de “non bis idem”. Nada de esto es cierto: en primer lugar implica el absurdo de igualar la obligación que se extingue con el pago in natura (la obligación principal) a la que se extingue con el pago “por equivalente” (el deber de indemnizar perjuicios); y en segundo lugar, el pago de la obligación principal y de los perjuicios compensatorios es un imposible lógico, pues se trataría de perjuicios sin incumplimiento causante, es decir, perjuicios sin perjuicios. Lo anterior es distinto a la prohibición de acumular el pago de la indemnización de perjuicios con el pago de la cláusula penal compensatoria (Código Civil Colombiano, 1887: Art. 1600), pues aquí sí cabe hablar del principio de “non bis in idem”: “Esa es la razón, entonces, 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 dejará 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” (Sentencia del 23 de mayo de 1996. Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente No. 4607).

Así, por ejemplo, la del chileno Luis Claro Solar, que escribió lo siguiente:

Los daños, ya sean de simple retardo, *damni moratorii*, ya sean de absoluto incumplimiento, *damni compensatorii*, tienen dos especies de penas: la primera de simple retardo que jurídicamente equivale en las obligaciones de una suma de dinero a los intereses legales y que es debida por razón de la mora, aunque la obligación se cumpla más tarde; la segunda de incumplimiento, que es debida cuando el cumplimiento no es posible. Ambas especies de cláusula penal se distinguen en los artículos 1535 (1592 del Código Civil colombiano) y 1537 (1594 del Código Civil colombiano). (Claro, 1992: Tomo XI, p. 522).

Por su parte, en Argentina, Jorge Mosset y Miguel Piedecassas definieron los perjuicios moratorios como aquellos ocasionados “... por no pagar en tiempo, por demorar o retrasar el cumplimiento de la obligación” (Mosset y Piedecassas, 2007: 331), mientras los compensatorios “... vienen a compensar al acreedor por la insatisfacción, por el no pago de la prestación debida.” (Mosset y Piedecassas, 2007: 331).

En Colombia, Guillermo Ospina Fernández definió los perjuicios compensatorios como aquellos “que experimenta el acreedor por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de la prestación que le es debida” (Ospina, 2008: 152), y los moratorios serían los que “... se le ocasionan por no recibir oportunamente esa prestación” (Ospina, 2008:152). Vale la pena, por último, consignar acá las palabras del profesor Édgar Ramírez Baquero, al parecer de la peculiar opi-

nión de que el incumplimiento relativo o ejecución imperfecta no daría lugar a perjuicios compensatorios —como lo sostiene expresamente Guillermo Ospina Fernández—, sino a perjuicios moratorios:

Con esta perspectiva, cuando el deudor no ejecuta nunca y en medida alguna la prestación de su incumbencia, el acreedor es titular del derecho de que le sea resarcido el daño compensatorio, y le será reconocida una indemnización compensatoria de perjuicios; y, **cuando este sujeto de la relación obligatoria ejecuta la prestación, pero de manera imperfecta** o con retardo, **se le causa al acreedor un daño moratorio** que lo titula para que reclame una indemnización moratoria de perjuicios.<sup>36</sup> (Negrilla fuera del texto original).

La opinión resaltada en la última cita es incorrecta, pues si bien es cierto que muchos autores omiten precisar que los perjuicios compensatorios comprenden también los males derivados de un incumplimiento relativo, sería esta la única interpretación razonable de las normas del Código Civil; como prueba, se ofrece un argumento negativo, que demuestra por qué no se trata de perjuicios moratorios, y otro positivo, que demuestra su carácter de perjuicios compensatorios: según el argumento negativo, de atribuirseles, en la demanda, estos perjuicios a un retardo, sería imposible probar luego su nexo causal, faltando de esta manera uno de los pre-

supuestos de la responsabilidad civil<sup>37</sup>; y según el argumento positivo, estos perjuicios tienen el mismo origen que aquellos derivados del incumplimiento puro y simple: se trata de un incumplimiento puro y simple de una parte<sup>38</sup> de la obligación o de alguna de sus calidades específicas.

En conclusión, los perjuicios compensatorios son aquellos males derivados del incumplimiento o incumplimiento relativo de un deber jurídico, y los perjuicios moratorios son los males derivados de un retardo en el cumplimiento de un deber jurídico.<sup>39</sup>

## 2.2. Relación de los perjuicios compensatorios y moratorios con los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales

Al iniciar este artículo se expuso la manera en que algunos perjuicios se relacionaban directamente con el patrimonio de la víctima, dando lugar a la categoría de ‘perjuicios patrimoniales’, en tanto que otros, al ser intrascendentes para

36 Castro, 2010: Tomo II, Vol. I, p. 547). En verdad, el mismo autor parece corregir más adelante, al referirse específicamente a la “indemnización compensatoria de perjuicios”: “Aplica esta especie indemnizatoria cuando la inejecución en que el deudor ha incurrido es absoluta o cuando la ejecución es imperfecta. En estos casos, en que el imperativo de prestación no se cumple o se ejecuta inadecuadamente, el acreedor tiene el derecho a que el daño derivado de esta falta total de cumplimiento (inejecución absoluta) o esta ejecución impura (ejecución imperfecta) le sea indemnizado”. (p. 549).

37 En todo caso, la jurisprudencia diferencia absolutamente los perjuicios derivados del cumplimiento defectuoso de aquellos derivados del retardo: “La cláusula penal es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma”. (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, 1974).

38 De esta manera, existiendo apenas una diferencia cuantitativa entre la inejecución absoluta y la ejecución parcial, basta la precisión de que en el segundo caso la pena deba reducirse en su quantum: “Código Civil colombiano. Artículo 1596. 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.” A mi juicio, el mismo criterio legal debe aplicarse por analogía a los casos de cumplimiento defectuoso.

39 De ninguna disposición normativa se infiere que esta clasificación deba reservarse a los perjuicios de carácter contractual. Simplemente, habrá que estudiar la cláusula penal en particular, para apreciar en concreto lo que en ella se entiende como incumplimiento de la obligación principal extracontractual, y precisar de esta manera si se trata de una cláusula penal compensatoria, moratoria o de apremio.

ese patrimonio, entraban en la categoría de ‘perjuicios extrapatrimoniales’; además, quedó claro en el apartado anterior que atendiendo a la naturaleza del incumplimiento —u origen del mal ocasionado a la víctima— los perjuicios eran compensatorios o moratorios.

Pues bien, combinando ambas clasificaciones se obtienen los perjuicios compensatorios patrimoniales o extrapatrimoniales y los perjuicios moratorios patrimoniales o extrapatrimoniales; en otras palabras: el incumplimiento de un deber jurídico, bien sea absoluto, relativo o con relación al tiempo, puede ocasionar un perjuicio emergente, un lucro cesante, un perjuicio moral subjetivo o un perjuicio en la vida de relación. Esta es la antítesis de lo que algunos autores, de tiempo atrás, han sostenido como el carácter exclusivamente patrimonial de los perjuicios compensatorios y moratorios:

La clasificación más importante a propósito del daño o perjuicio es la que distingue entre daños patrimoniales, por un lado, y daños extrapatrimoniales, por otro, siendo del primer tipo aquellos que se pueden estimar, tasar, etc., en una suma de dinero, en un valor patrimonial; y los segundos los que por el contrario no admiten valoración dineraria.<sup>40</sup>

Al presentarse y desarrollarse el concepto y los

caracteres de las indemnizaciones compensatoria y moratoria, se apreciará que en una y en otra el daño que resarcen se refiere al estado en que el patrimonio del acreedor queda por efecto del incumplimiento del deudor, de lo cual se sigue que esta clasificación solo es operante en el marco de los daños patrimoniales. No hay, pues, una reparación compensatoria o una moratoria relacionada con perjuicios extrapatrimoniales. No puede afirmarse que estas instituciones se integran al mundo de los daños extrapatrimoniales” (Ramírez, 2010: Tomo II, Vol. I, p. 548).

No es muy claro el motivo que conduce al autor citado a afirmar tan categóricamente la patrimonialidad de todo perjuicio moratorio y compensatorio, y, por lo demás, su afirmación carece de fundamento legal alguno —si bien esta no es, ni mucho menos, una opinión aislada—; parece, sin embargo, arraigarse en la idea ya caduca de que toda cláusula penal accede a obligaciones contractuales, y que un incumplimiento contractual no puede dar lugar a perjuicios extrapatrimoniales.<sup>41</sup> Siendo, entonces, la infracción de una obligación contractual la causa ordinaria de las cláusulas penales compensatorias y moratorias, no es de extrañar que históricamente se las haya restringido a los males que sobrevienen al patrimonio de un acreedor.

Si esta conjetura es cierta —y no se ve ninguna otra explicación—, la opinión en cuestión merece ser corregida, reconociendo que mediante

40 Se equivoca el autor al sostener que los perjuicios se clasifican en patrimoniales o extrapatrimoniales según ellos sean o no apreciables en dinero, y creo que esta es una confusión originada en el rechazo a la distinción entre el concepto de daño y el concepto de perjuicio. Lo cierto, como ya se advirtió, es que el daño patrimonial recae sobre un bien apreciable en dinero y el daño extrapatrimonial recae sobre un bien no apreciable en dinero. Aun así, todo perjuicio (sea patrimonial o extrapatrimonial) es apreciable en dinero: ya sea indemnización o compensación, la evidencia cruda del pago de sumas de dinero convoca a dejar los eufemismos, y a aceptar que todo perjuicio es valorable en dinero, así sea de forma arbitraria.

41 “... en la vereda opuesta, se recuerda la justicia de una reparación integral, y no lo es aquella que deja fuera los daños extrapatrimoniales; se insiste en que los contratos pueden guardar relación con “la persona” del contratante acreedor, con sus intereses y afecciones, y aun cuando solo tengan vinculación con el patrimonio, ocurre que también las cosas o los bienes suscitan alegrías o tristezas, felicidad o sufrimiento...”. (Mosset y Piedecabras, 2007: 336).

cláusula penal es posible tasar anticipadamente perjuicios compensatorios patrimoniales y extrapatrimoniales, así como perjuicios moratorios patrimoniales y extrapatrimoniales.<sup>42</sup>

#### IV. LA TASACIÓN ANTICIPADA DE PERJUICIOS MEDIANTE CLÁUSULA PENAL

##### A. Formas de tasar perjuicios mediante cláusula penal

La autonomía privada, esto es, el abanico de potestades normativas que el ordenamiento jurídico les confiere a los particulares para regular su propia situación jurídica, faculta a los sujetos de derecho a pactar las cláusulas penales que su voluntad les dicte, con el solo límite de la norma imperativa, el orden público y las buenas costumbres. Se proponen, sin embargo, cuatro recomendaciones que deben seguirse para la buena elaboración de una cláusula penal indemnizatoria, bien sea compensatoria o moratoria: la primera de ellas, individualizar la obligación u obligaciones sujetas a la cláusula; en segundo lugar, diferenciar expresamente la cláusula penal compensatoria de la cláusula penal moratoria; en tercer lugar, evitar incurrir en lesión enorme; y en cuarto lugar, darle un tratamiento especialísimo a las obligaciones dinerarias.

##### 1. Primera recomendación: individualizar las obligaciones sujetas a la cláusula penal, atendiendo a la naturaleza de la obligación

El primer error que ha de evitar quien redacte una cláusula penal es condicionarla de forma genérica “al incumplimiento del contrato”, o “al incumplimiento de las obligaciones pactadas” o a otro tipo de expresiones semejantes.

Como ejemplo real de este error se cita la siguiente cláusula de un “contrato de administración de inmueble”, celebrado entre el propietario del bien y una empresa inmobiliaria de Medellín: “... El incumplimiento de cualquiera de las cláusulas de este contrato dará derecho a la ADMINISTRADORA para cobrar al PROPIETARIO, a título de pena, la suma de 990 000 pesos, además de las costas judiciales y gastos de abogado que se generen...”.

En este caso, al no distinguir entre la pluralidad de obligaciones de la más diversa índole contenidas en el contrato, las partes estarán irremediablemente destinadas a debatir acerca del alcance de la cláusula penal, y el juez tendrá que hacer piruetas hermenéuticas para poder aplicarla de alguna manera razonable. En efecto, no es claro si la suma de novecientos noventa mil pesos podría causarse, indistintamente, ante la no entrega del inmueble (obligación de hacer) o por el no pago de la remuneración (obligación de dar dinero), que son algunas de las prestaciones del propietario frente a la administradora, o incluso si eventualmente esta suma podría acumularse tantas veces como incumplimien-

42 Así, salvo pacto expreso en contrario, debe entenderse que la cláusula penal, sea compensatoria o moratoria, incluye el perjuicio extrapatrimonial, sin que puedan cobrarse a la vez dichos pena y perjuicio. Lo anterior no obsta a que en vez de la pena indemnizatoria se reclamen los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales verdaderamente ocasionados. (Código Civil Colombiano, 1887: Art. 1600).



tos hubiera de cualquiera de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, la recomendación que aquí se hace no será tan importante cuando se trate de negocios jurídicos de prestación principal típica<sup>43</sup>, pues en ellos el intérprete podría razonablemente restringir la pena al incumplimiento de dicha prestación, cosa que ocurre, por ejemplo, con la mayoría de los contratos del Código Civil colombiano.<sup>44</sup>

Así, por ejemplo, en sentencia del 23 de junio de 2000 (Corte Suprema de Justicia, 2000b), la Corte Suprema de Justicia no tuvo inconveniente en aplicar una pena de dos millones de pesos, pactada como tasación anticipada de perjuicios compensatorios en una compraventa de un vehículo avaluado contractualmente en diez millones de pesos, aun cuando la cláusula se hubiera pactado para el caso “del incumplimiento del contrato” y no específicamente para el no pago del precio. Igual ocurrió en sentencia del 18 de diciembre de 2009 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (2009), cuando la Corte no casó la sentencia en que el *ad-quem* condenó al pago de 40'000 000 millones de pesos al artífice en un arrendamiento de

obra. Lo interesante en este caso es que las partes, sin referirse expresamente a la ‘obligación de hacer’ a cargo del artífice, habían concertado como “sanción *por incumplimiento del contrato* el 10% de su valor”, que eran los 400 000 millones de pesos a favor del artífice y a cargo del dueño de la obra.

## 2. Segunda recomendación: diferenciar expresamente la cláusula penal compensatoria de la cláusula penal moratoria

Si, como ocurre a menudo, la cláusula penal se ha establecido, simplemente, “por todos los perjuicios derivados del incumplimiento”, no han de entenderse comprendidos en ella tanto los perjuicios compensatorios como los moratorios, sino exclusivamente los *compensatorios*, ya que la cláusula penal compensatoria no puede abarcar los perjuicios moratorios.

La razón se comprende fácilmente: el incumplimiento puro y simple y aquel con relación al tiempo son mutuamente excluyentes, pues la mora implica el cumplimiento, aunque solo sea el tardío. Ahora, si bien podrían coincidir un incumplimiento relativo con un cumplimiento moroso —quien vende, por ejemplo, puede entregar en pago un bien defectuoso y hacerlo además de forma extemporánea— esto no implicaría una excepción a lo afirmado en el párrafo anterior, ya que al redactarse expresamente una cláusula penal compensatoria por defecto de cantidad o calidad se estaría dejando por fuera de la pena no solo al incumplimiento puro y simple, sino también al pago tardío —tal ocurre, por ejemplo, cuando se pacta una multa ante el incumpli-

43 Llamo aquí prestación principal típica aquella que al tenor del artículo 1501 del Código Civil constituye un elemento de la esencia del contrato, de tal manera que sin ella este no existe o degenera en otro diferente. Verbigracia, la obligación de pagar el canon de un contrato de arrendamiento.

44 Incluyo aquí, expresamente, al contrato de donación por acto entre vivos, a la compraventa, la permuta, el arrendamiento, el comodato, el mutuo, el depósito, los contratos aleatorios, el de fianza, el de prenda, el de hipoteca y el de anticresis. Excluyo a los contratos de sociedad, mandato y transacción, porque suelen establecer pluralidad de prestaciones a cargo de las partes, lo que dificulta determinar entre ellas a la principal o característica del contrato y, por tanto, la aplicación de la cláusula.

miento de una prestación individual (defecto de cantidad) en un contrato de suministro—. Por lo demás, lo cierto es que las cláusulas penales compensatorias se establecen habitualmente por el incumplimiento puro y simple, quedando a criterio del juez su aplicación parcial para los eventos de incumplimiento relativo de la prestación. Es este, precisamente, el supuesto contemplado en el artículo 1596 del Código Civil: “Código Civil Colombiano. Artículo 1596. 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”.

En fin, si existe un arte o técnica que se ocupe de la elaboración clara y coherente de los contratos, entre sus reglas debe estar la separación expresa de la pena compensatoria y moratoria; y si del tenor literal se deduce solamente la tasación anticipada de perjuicios compensatorios, el acreedor tendrá la carga de acreditar los moratorios.

### 3. Tercera recomendación: evitar la lesión enorme

Al pactar una cláusula penal accesoria a obligaciones civiles se incurre en lesión enorme en los supuestos del artículo 1601 del Código Civil; frente a obligaciones mercantiles, en los supuestos del artículo 867 del Código de Comercio.

#### 3.1. Frente a obligaciones de naturaleza civil

En este caso, habrá que distinguir entre tres clases de obligaciones principales: las apreciables

en dinero<sup>45</sup>, las pecuniarias emanadas de un contrato de mutuo y las inapreciables en dinero.

Entonces, si la obligación sujeta a cláusula penal es valorable en dinero, la pena no podrá exceder el duplo de ese valor; además, en caso de pactarse conjuntamente una pena compensatoria y una pena sancionatoria o de apremio, la suma de ambas no podrá exceder dicho duplo.<sup>46</sup> En caso contrario, el deudor de la pena podrá exigir que ella se rebaje hasta el tope permitido.

Tratándose del mutuo, el incumplimiento de la obligación a cargo del mutuuario solo podrá sujetarse hasta el máximo del interés moratorio permitido, por las razones y en los términos que se explicarán detalladamente más adelante; y en el caso de las obligaciones no apreciables en dinero, como lo sería el deber de fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges o el de confidencialidad en un contrato, quedará al arbitrio del juez determinar la existencia o no de una lesión enorme.

45 El primer inciso del artículo 1601, al hablar de “cantidad determinada”, pareciera restringirse a las obligaciones de género. Esto no es así, ya que el inciso segundo aclara que el primero es aplicable a cualquier obligación de valor apreciable o determinable, lo cual incluye a las obligaciones de dar y entregar especie o cuerpo cierto y además a todas las de hacer y de no hacer, en tanto sean valorables en dinero.

46 Este es un punto que el legislador no abordó expresamente. Sin embargo, parece ser esta la interpretación adecuada, pues de lo contrario la distinción convencional entre cláusula penal compensatoria y de apremio se convertiría en una cláusula de estilo para burlar el límite, ampliándolo en el doble. Así ocurriría, por ejemplo, si en la compraventa de un inmueble de 100 millones, se pacta una pena compensatoria de 200 millones y una sancionatoria o de apremio por otros 200 millones. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Andrew Abela Maldonado: “Dicho monto, esto es el doble de la obligación principal, supone que en materia de la cláusula penal de apremio, el valor conjunto de la pena adicional y de la indemnización compensatoria no puedan exceder de dicho duplo (...) y no permite que se cobre la indemnización compensatoria y como pena de apremio, el doble de ella”. (Abela, 2010: Tomo I, p. 160).

### 3.2. Frente a obligaciones de naturaleza mercantil

Ya en materia mercantil, el artículo 867 del Código de Comercio retomó expresamente el primer y tercer supuestos analizados bajo el artículo 1601 del Código Civil, con una importante diferencia frente al primero (que es el de las obligaciones principales apreciables en dinero): habrá lesión enorme cuando la cláusula pactada exceda el valor de la obligación principal. *Mutatis mutandis*, se concluye que en caso de pactarse conjuntamente una cláusula penal compensatoria y una sancionatoria o de apremio, la suma de ambas no deberá exceder el valor en dinero de la obligación principal de carácter mercantil, pues de lo contrario el deudor podrá, por remisión del artículo 822 del Código de Comercio al Código Civil, exigir la rebaja de la pena a ese límite.<sup>47</sup>

### 4. Cuarta recomendación: adaptar la cláusula penal a la regulación especial sobre obligaciones dinerarias

Cuando la cláusula penal se establece para respaldar el pago de obligaciones dinerarias<sup>48</sup>, la

autonomía privada se encuentra especialmente restringida por normas imperativas que en ocasiones ligan inescindiblemente la pena al régimen jurídico de los intereses.

Por intereses se entiende aquí el lucro causado a favor del acreedor de una obligación pecuniaria<sup>49</sup>. Este lucro, atendiendo a su origen, se clasifica en convencional y legal, siendo el primero el aceptado expresamente por el deudor mediante negocio jurídico, y el segundo, el que le imponen la ley o los reglamentos administrativos.

No interesa acá la regulación legal del interés remuneratorio, sea legal o convencional, civil o mercantil: esta clase de lucro, también conocido como interés de plazo, se causa mientras la obligación pecuniaria aún no está en mora, de manera que no tiene ninguna relación con la indemnización de perjuicios, y es por tanto marginal al tema de este trabajo.

Distinto ocurre con los intereses moratorios, ya que han sido justificados, entre otras razones,<sup>50</sup> por una presunción *iure et de iure*<sup>51</sup> de los perjuicios derivados del retardo en el pago de la

47 En sentido contrario, Abela Maldonado: "Consideración especial merecería este límite en materia de cláusulas penales de apremio. En efecto, de entenderse aplicable esta norma también a las cláusulas penales de apremio, su utilidad perdería todo sentido, por lo cual cabe preguntarse si la limitación se refiere solo al monto de la indemnización compensatoria, lo que dejaría a salvo el valor de la pena adicional (y se aplicaría entonces el límite civil del duplo de la obligación principal combinando los dos valores) o, también, si el límite del 100 por ciento de la obligación principal abarca la pena adicional. Somos partidarios de la primera visión, a riesgo de ser una interpretación amplia y flexible ya que, en nuestra opinión, la no inclusión en esta redacción, como sí opera en la civil, de aquella expresión que incluye en el monto total del valor de la cláusula la prestación principal, implica necesariamente que el límite no pueda cobijarla si hubiera una pena adicional. (...)". *Ibidem*.

48 "Obligaciones de dar una suma de dinero, obligaciones pecuniarias,

obligaciones dinerarias: de todas estas maneras se denomina a aquella obligación cuya prestación consiste en dar-entregar (transferir) una cantidad de unidades monetarias, y que son sin duda las más universales y frecuentes". (Hinestrosa, 2002/2008: 149).

49 "... generalmente se ha entendido que los intereses son los frutos civiles o réditos que el deudor de la obligación dineraria paga al acreedor sobre el capital adeudado". (Varón Palomino, 2010: Tomo I, p. 83).

50 La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los intereses moratorios se sustentan en los siguientes conceptos: I) indexación de la moneda; II) remuneración al acreedor por no disponer de forma inmediata de su dinero; III) una prima por el riesgo de pérdida del capital; III) la indemnización de los perjuicios moratorios; IV) una sanción por el retardo. (Corte Suprema de Justicia, 1981).

51 O presunción legal de derecho, en los términos del artículo 66 del Código Civil colombiano.



totalidad o parte de una obligación de dinero<sup>52</sup>, y porque su regulación influye en la manera adecuada de estipular una cláusula penal frente a obligaciones dinerarias.

#### 4.1 Obligaciones pecuniarias de naturaleza mercantil

Así, en materia mercantil, el interés legal causado por la mora de una obligación pecuniaria contractual o extracontractual será de una y media veces el bancario corriente (artículo 884 del C. de Co.), pero las partes podrán pactar una tasa menor. No podrán acordar un interés superior, porque el acreedor sería sancionado con el pago del doble de los intereses recibidos en exceso<sup>53</sup>, junto con la pena por el delito de usura.

Además, en tanto el artículo 65 de la Ley 45 de 1990 dispuso que en las obligaciones mercantiles “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”, se concluye que la pena mora-

toria permitida por el pago tardío de una obligación pecuniaria mercantil consiste únicamente en hasta una y media veces el interés bancario corriente, sin que sea posible acompañarla de una cláusula penal sancionatoria o de apremio por el simple retardo, pues la simple sanción por la mora se entendería ya incluida en el interés moratorio y, de pactarse, se le imputaría a este.

Por lo demás, si se trata de una pena compensatoria por el incumplimiento puro y simple o por el cumplimiento parcial de una obligación pecuniaria mercantil, el límite de la pena será el contemplado en el artículo 867 del Código de Comercio, en los términos ya vistos en este capítulo<sup>54</sup>.

##### 4.1.1 Obligaciones pecuniarias de naturaleza civil

En cuanto a las obligaciones pecuniarias de carácter civil, bien sean contractuales o extracontractuales, habrá cláusulas penales moratorias especialmente restringidas, y otras cuyo único límite será el señalado en el artículo 1601 del Código Civil. En la primera categoría se encuentran las pactadas por el retardo del dinero adeudado en los contratos de mutuo, de compraventa y arrendamiento de obra o de servicios; en la segunda categoría, las pactadas frente al retardo de otra clase de obligaciones pecuniarias de carácter civil.

Las del primer grupo están ligadas de forma inescindible al interés moratorio, y tienen como límite el bancario corriente más el cincuenta por ciento, pues de lo contrario podría incurrirse en

52 “Intereses moratorios. Son aquellos que se pueden cobrar sobre el capital adeudado insoluto, desde la constitución del deudor en mora y durante esta, y cumplen una doble función, indemnizatoria para el acreedor, respecto de los perjuicios patrimoniales sufridos por el incumplimiento, y sancionatoria para el deudor incumplido.” (Varón Palomino, 2010: Tomo I, p. 89).

53 Ley 45 de 1990. Artículo 72. Sanción por el cobro de intereses en exceso. Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción. Parágrafo. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, cuando se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, esta velará porque las mismas cumplan con la obligación de entregar las sumas que de conformidad con el presente artículo deban devolverse.

54 Apartado 3.2.

el delito de usura señalado en el artículo 305 del Código Penal<sup>55</sup>:

Ley 599 de 2000. Artículo 305. Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, **a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo**, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...). (Negrilla fuera del texto original).

Por fuera de los casos señalados (mutuo, venta, arrendamiento de obra y servicios) la cláusula penal moratoria frente a obligación civil pecuniaria no se encuentra legalmente limitada por el interés de usura, y podrá por tanto pactarse una pena mucho mayor, siempre y cuando no exceda del límite fijado en el artículo 1601 del Código Civil.<sup>56</sup> Así, por ejemplo, la del siguiente

contrato de cuentas en participación, de carácter civil por no haber sido celebrado entre personas comerciantes (artículo 507 del C. de Co.):

## TÍTULO TERCERO

### OBJETO DEL CONTRATO

#### Capítulo Primero

#### Obligaciones de cada uno de los Partícipes Ocultos

(...)

#### SEGUNDA

Aportar al PARTÍCIPE GESTOR la suma de cien mil pesos (\$100 000), mensualmente, durante doce meses.

El primer día del plazo anterior será el primero de agosto del año 2011, y el último día será el 16 de julio del año 2012.

El plazo para el pago de cada cuota será de dieciséis (16) días, contados desde el primer día de cada mes.

55 Con la siguiente precisión: en el contrato de mutuo civil la única cláusula penal posible será el pacto de intereses moratorios (artículo 1601 del Código Civil), y se entiende que comprenden tanto la indemnización de perjuicios como la simple sanción por el incumplimiento. En cambio, frente a la compraventa y el arrendamiento de obra o servicios, además de una cláusula penal moratoria bajo las condiciones señaladas (el límite de usura), podrá pactarse una cláusula penal compensatoria y sancionatoria por el incumplimiento puro y simple o por el cumplimiento imperfecto. Así, por ejemplo, si dos personas celebran una compraventa civil, podrán pactar una cláusula penal compensatoria equivalente a dos veces el valor del precio, pero una cláusula penal moratoria de hasta una y media veces el interés bancario corriente.

56 Descarto adoptar como límite general a la pena moratoria por el incumplimiento de cualquier obligación pecuniaria de carácter civil el tope fijado en el artículo 2231 del Código Civil para los intereses remuneratorios y moratorios a cargo del deudor en el mutuo civil, por contemplar este una sanción por lesión enorme, figura de derecho estricto no aplicable por analogía a otra clase de deudas pecuniarias: "Evidente es, pues, que la

figura en comento, participa de la naturaleza sancionatoria, excepcional y restringida que caracteriza todas las formas de invalidación o de privación de efectos de los actos y negocios jurídicos y, por lo mismo, que su aplicación está condicionada a los límites y requisitos impuestos por el legislador, como se ampliará más adelante. Es que conforme el sistema jurídico imperante y según lo tiene por averiguado la Corte, "[e]l instituto jurídico de la lesión enorme es restringido y no se aplica de manera absoluta y general a toda clase de negociaciones, sino que por el contrario es una figura exceptiva que únicamente es predicable de algunas, tales como la compraventa común de bienes (art. 1946), permuta de bienes de la misma especie (art. 1958), partición (art. 1405), aceptación de una asignación sucesoral (art. 1291), estipulación de intereses en el mutuo (art. 2231), estipulación de los mismos en la anticresis (art. 2466) y cláusula penal (art. 1601)." (Corte Suprema de Justicia, 2008).

## TÍTULO CUARTO

## Del Incumplimiento y de la Cláusula Penal

Cuando alguno de los PARTICIPES OCULTOS incumpla el pago oportuno de una cuota mensual, estará inmediatamente obligado a pagar al PARTÍCIPE APARENTE una suma de dinero equivalente a la mitad de la cuota.

Esta sanción constituye tasación anticipada de perjuicios moratorios, y subsistirá además, por tanto, la acción para el pago de la cuota adeudada.

Por lo demás, y ya para concluir, la cláusula penal compensatoria convenida ante el incumplimiento de una obligación pecuniaria civil tendrá como único límite el señalado en el artículo 1601 del Código Civil, con excepción de aquella a cargo de un mutuuario, pues en tal caso la pena, independientemente de su naturaleza, estará ligada inescindiblemente al interés legal moratorio (inciso 2° del artículo 1601 del C. Civ. y artículo 2231 *ibidem*).<sup>57</sup>

## V. CONCLUSIONES

La cláusula penal es aquella norma jurídica particular y concreta que en un contrato prescribe una obligación condicionada al incumplimiento de otra obligación, sea con el fin de tasar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento o bien para sancionar al incumplido.

Si la cláusula persigue la primera finalidad, mediante ella podrán apreciarse los males patrimoniales y extrapatrimoniales derivados del incumplimiento total o relativo de la obligación principal o los males patrimoniales y extrapatrimoniales derivados del simple retardo. En el primer caso habrá cláusula penal compensatoria y, en el segundo, cláusula penal moratoria.

Es conveniente, por último, que en la elaboración de esta cláusula se identifiquen plenamente las obligaciones a ella sujetas, se aclare si se trata de una pena compensatoria o moratoria, se evite a toda costa la lesión enorme, y se tenga, además, especial cuidado cuando se trate de obligaciones pecuniarias; todo esto en razón de que la regulación aplicable a la cláusula variará de manera importante, en atención a la naturaleza de la obligación principal y de su incumplimiento.

## Bibliografía

- ARRUBLA, J. A. (2008). *Contratos mercantiles*. 12 ed. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké. Tomo I.
- BIANCA, C. M. (2007). *El contrato*. (Trad. Hinestroza, F. y Cortés, E.). 2 ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- CARRIZOSA, H. (1966). *Sucesiones y donaciones*. 5 ed. Bogotá, Colombia: Lerner.
- CASTRO, M. (coord.). (2010). *Derecho de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temis. Tomos I y II.

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, en caso de pago parcial del dinero dado en préstamo, el acreedor solo podrá cobrar hasta una y media veces el interés bancario corriente aplicado al capital insoluto.

CLARO, L. (1992). *Explicaciones de derecho civil y comparado*. Santiago, Chile: Nascimento.

COLOMBIA. *Código Civil colombiano*. (2012). 28ª ed. Bogotá, Colombia: Legis.

GARCÍA, M. (1938/2007). *Lecciones preliminares de filosofía*. Distrito Federal, México: Porrúa.

HENAO, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

HINESTROSA, F. (2002/2008). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

KEMELMAJER, A. (1981). *La cláusula penal: su régimen jurídico en el derecho civil comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

ABELA, A. (2010). *Derecho de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temis. Tomo I.

MOSSET, J. I. y PIEDECASAS, M. A. (2007). *Responsabilidad contractual*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

OSPINA, G. F. (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temis.

PEIRANO, J. (1982). *La cláusula penal*. Bogotá, Colombia: Temis.

RAMÍREZ, E. (2010). *Derecho de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temis. Tomo II, Volumen I.

TAMAYO, J. (2007). *Tratado de responsabilidad ci-*

*vil*. Bogotá, Colombia: Legis. Tomos I y II.

VARÓN PALOMINO, J. C. (2010). *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Colombia: Temis. Tomo I.

## Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera (1987). Referencia: Expediente número 4694. Actor: Sociedad Colombiana de Vigilancia (socovig). Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Valencia Arango. Bogotá: El Autor.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. (2000). Referencia: Expediente 11842. Magistrado Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá: El Autor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (1981). Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga. Bogotá: El Autor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (2008). Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Ref.: 41298-3103-001-2002-00015-01). Bogotá: El autor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (2009). Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. Ref.: Expediente No.68001 3103 001 2001 00389 01. Bogotá: El Autor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (2011). Ref.: 11001-3103-018-1999-00533-01. Magistrado Ponente: William Namén Vargas. Bogotá: El autor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil

y Agraria. (2000a). Referencia: Expediente 5348. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá: El Autor.

Sentencia del 23 de mayo de 1996. Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente No. 4607.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. (2000b). Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Referencia: Expediente No. C-4823. Bogotá: El Autor.

### **Legislación**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

(1887). Congreso de la República. Ley 57/1887.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. (1974). Magistrado Ponente: Dr. Luis Sarmiento Buitrago. Bogotá: El Autor.

(1971). Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971.