



## Memorial sobre Legislación Obrera

elevado por el Centro Jurídico a la H. Asamblea de 1916



### Honorables Diputados:

El Centro Jurídico, fiel al programa que se trazó de «trabajar en contra de las instituciones, costumbres, prácticas y procedimientos, que se refieran al Derecho, cuando sean injustos» acordó en sesión del 10 de los corrientes que los suscritos miembros de la Comisión de la Mesa os eleváramos el presente memorial, en solicitud de disposiciones legales encaminadas a mejorar la condición de los obreros en las fábricas.

Sería ofender vuestro elevado criterio entrar a demostrar la necesidad y conveniencia de legislar sobre tan importante materia, pues, si bien es cierto que el problema obrero no ofrece aún complicaciones entre nosotros, si es ya tiempo de prevenir los conflictos que en un futuro no lejano se presentarán, dado el desarrollo industrial de la época moderna.

Señal de desequilibrio entre el Proletariado y el Capitalismo son las quejas de descontento que ya dejan escapar los obreros contra ciertos prácticos que lastiman la equidad y hacen que nazcan en el ánimo del obrero sentimientos de animadversión contra la clase directiva.

Preciso es hacer mérito del espíritu de sujeción que caracteriza a nuestra clase desheredada respecto de los ricos, y porque no quede a la generosidad de éstos lo que deben en justicia, se hace premiosa la intervención del Legislador, más eficaz cuanto más previsora, en pueblos de índole individualista como el nuestro, pues una vez que vea lesionados sus derechos se unirá para reivindicarlos y tendremos el Socialismo.

Entre las causas de ese descontento apuntamos la desproporción de las multas que les imponen y el salario que se les paga; el exceso en las horas de trabajo, y la injusta diferencia entre los salarios del hombre y de la mujer, en igualdad de tarea, injusticia tanto más notoria cuanto más frecuente es el caso de que sea aquella quien atiende, sola, al sostenimiento del hogar con el fruto de su trabajo.

Es cuestión ésta que, estamos seguros, despertará vuestra atención, como que de ella se han preocupado todos los benefactores de la Sociedad y muy especialmente el inmortal León XIII que con justicia ha sido llamado el «Papa de los obreros».

Para cumplir nuestro cometido invocamos el carácter de ciudadanos colombianos y el derecho de petición reconocido en el artículo 45 de la Constitución de la República.

Medellín, Marzo 15 de 1916.

HONORABLES DIPUTADOS

El Presidente, JOSE U. MUNERA.—El Vice-Presidente, JESUS M. MARULANDA.—El Secretario, José R. Vásquez M.

# ESTUDIOS DE DERECHO

Publicación del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

Director, IGNACIO DUQUE

Administrador, J. de J. GOMEZ R.

Serie III

Medellín-1916-Febrero y Marzo

Nos. 33 y 34

## DERECHO CIVIL

Miguel TOBON C.

### Obligaciones con Cláusula Penal.

El artículo 1592 de nuestro Código Civil define la cláusula penal así: «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».

El 1126 del Código Civil francés dice: «es aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de una convención, se obliga a alguna cosa en caso de inejecución». Se observa, si hacemos un análisis detenido de ambas definiciones, que ellas concuerdan, es decir, enseñan, llevando al espíritu una idea completa de lo que es la cláusula penal. En efecto; en estas definiciones hallamos que ambas contienen o enuncian un arreglo anticipado, la estimación que las partes mismas hacen del monto de los daños y perjuicios que deberán ser pagados si el deudor no ejecuta su obligación o no la ejecuta sino tardíamente, es decir, la pena, la cual viene a quedar en lugar de esos daños y perjuicios,—que es como la compensación de ellos. Nuestro Código habla de una pena

que consiste en *dar o hacer algo*, y el francés de *obligarse a algo*, que es la pena, en caso de inejecución; la expresión, pues, de dar o hacer algo, equivale o viene a significar lo mismo que obligarse a algo, que emplea el Código Civil francés; y la expresión *en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*, que emplea nuestro legislador, equivale a la *en caso* de inejecución que trae el artículo 1226 del Código Civil francés. Esto es tan evidente, que la inejecución de la obligación es lo mismo que el no cumplimiento, y el cumplimiento tardío es lo mismo o equivale a no haberse cumplido la obligación en el tiempo estipulado, es decir a la inejecución de ella.

Veamos un ejemplo: Juan me ha prometido mediante cláusula penal de cien pesos de oro, no edificar en su jardín; Juan edifica. Tanto la definición de nuestro Código como la del francés, están acordes, según este ejemplo, en que Juan incurrió en la pena, porque faltó al cumplimiento de la convención de no edificar, es decir, tiene que pagar los \$ 100 pesos por no haber ejecutado o cumplido su obligación, que en el presente caso, por ser negativa, es decir, de no hacer, se ejecuta absteniéndose de ejecutar el hecho convenido y se falta a su cumplimiento por el solo hecho de la contravención,

Veamos ahora cuándo ocurre que el deudor está en mora, en el ejemplo que venimos estudiando. Antes que todo examinemos: ¿es positiva o negativa la obligación principal? Negativa, respondemos, porque consiste en no edificar. Cuando la obligación es negativa, se incurre en la pena, háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, desde que se ejecuta el hecho del cual el deudor se ha obligado a abstenerse, estatuye nuestro Código Civil en su artículo 1595, inciso segundo. De suerte, pues, que en el caso de una obligación negativa, no hay propiamente mora por parte del deudor porque éste sólo incurre en la pena cuando ejecuta el hecho de que se obligó a abstenerse; pero si la obligación principal es positiva, entonces sí ocurre

la mora cuando el deudor, háyase o no estipulado un término para cumplirla, no la ha cumplido por su parte según lo estatuye, también, el mismo artículo citado, en su inciso primero.

Hemos dicho que la pena sustituye,—ocupa el lugar, hace las veces, en suma, de la indemnización de perjuicios,—que es como la compensación de ellos,—pues no es otra cosa que el arreglo anticipado, la determinación que las partes mismas hacen del monto de ellos, los cuales deberán ser pagados si el deudor no ejecuta su obligación, o no la ejecuta sino tardíamente.

De esta analogía entre la pena con los perjuicios, hacemos la deducción jurídica de que cuando se puede pedir la indemnización de perjuicios en las obligaciones de hacer o positivas, por estar el deudor en mora, en las con cláusula penal se puede pedir la pena también cuando el deudor está en mora. En las negativas, con cláusula penal, preguntamos, ¿cuándo se puede pedir la pena? Ya hemos dicho que en éstas propiamente no hay *mora* por parte del deudor, porque justamente lo que caracteriza la obligación negativa es la abstención de hacer alguna cosa, y mientras esta circunstancia se observe, es como el deudor cumple su obligación; de manera, pues, que la pena se puede pedir es sólo cuando el deudor ha contravenido a lo estipulado, que es lo mismo que preceptúa el artículo 1612 del Código Civil, que dice: «Toda obligación *de no hacer* una cosa, se resuelve en la de indemnizar los perjuicios si el deudor contraviene, y no puede deshacerse lo hecho» o pagar la pena cuando hay cláusula penal, agregamos nosotros, para ser lógicos con lo que venimos sosteniendo.

Parece, pues, que así queda confirmado el fenómeno jurídico de que la pena ocupa el lugar de la indemnización de perjuicios, ya que no es otra cosa que la estimación anticipada que hacen las partes de éstos en una cláusula penal, así como otras veces son determinados, o por la justicia, o por la ley; y que hay lugar a demandarlos en los mismos casos que asiste al acreedor el derecho para pedir la pena, que es

cuando el deudor está en mora: en las obligaciones positivas por no haberlas cumplido o haberlas ejecutado tardíamente, y en las negativas, o de no hacer, por el solo hecho de la contravención.

Hasta aquí hemos examinado lo que tienen de común las obligaciones en general o las convenciones, con respecto a las que encierran cláusula penal. Veamos ahora la manera de distinguirlas, y las consecuencias jurídicas distintas que de su diferenciación se originan.

La obligación con cláusula penal supone necesariamente la existencia de una obligación principal; de aquí que la primera es siempre accesoria, es decir, que no puede subsistir sin la segunda, y cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de la principal.

De la verdad de este postulado, se deduce que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, (artículo 1593, inciso primero del Código Civil). Yo pacto, por ejemplo, con Juan, quien está declarado en interdicción judicial, por causa de demencia, que me labrará mi campo por la suma de cien pesos de oro, en el término de dos meses, bajo la cláusula penal de veinte pesos. Como la obligación principal es nula, al tenor del artículo 1741, inciso segundo, también lo es la cláusula penal. En efecto: no puede haber lugar a daños y perjuicios—representados por la pena—en el ejemplo propuesto, porque un contrato absolutamente nulo, es decir que no existe, no puede dar lugar a indemnización de perjuicios. Pero la nulidad de la cláusula penal no acarrea la de la obligación principal. Así por ejemplo: Pedro, hombre hábil para contratar, se obliga conmigo a labrarme mi campo, en el término de dos meses, por cien pesos; si así no lo hiciere, se obliga a tomar armas en asocio de algunas otras personas, y rebelarse contra las Autoridades legítimamente constituidas, hasta conseguir el trastorno del orden público. Esta cláusula penal es nula, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6.º del Código Civil, inciso 2.º, y del artículo 1524, inciso 2.º, ibídem, pero no la obligación principal que puede ha-

cer efectiva el acreedor, mediante los medios que la ley le brinda.

Sin embargo, tanto la legislación nuestra (Art. 1593, inciso 1.º del Código Civil), como la francesa, reconocen el caso, como excepción al principio establecido, que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, que ésta es válida no obstante la nulidad de la principal. El caso ocurre cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido. Aquí la obligación principal es nula en general, por serlo el contrato del cual parece surgir aquella, porque faltando el consentimiento—condición esencial de todo contrato—de la persona en cuyo nombre promete uno y su provecho y utilidad, es claro que la obligación queda viciada de nulidad; sin embargo, repito, valdrá la pena en este caso.

La legislación francesa no permite prometer el hecho de un tercero a quien no le resulta ningún interés o provecho de la estipulación; según ella no se puede prometer sino para sí, salvo el caso del mandatario y del Agente oficioso en los cuales siempre se promete por el mandante, o persona de quien uno se constituye agente oficioso y en su provecho y utilidad, quedando obligados para con los terceros con los cuales contratan.

El artículo 1119 del Código Civil francés es demasiado absoluto; contiene la prohibición de que no se puede prometer sino para sí; no se puede, contratando, obligar sino a sí mismo. Su redacción es esta: «No se puede, en general, comprometerse y estipular en su propio nombre, sino para sí mismo». Pero si, no obstante esta prohibición, se promete a nombre propio el hecho de otro—se obliga un tercero—con una cláusula penal, ésta valdrá según lo estatuye o permite el artículo 1120 del Código Civil francés.

Se observa, en este caso, el fenómeno jurídico de una obligación en que una persona que promete por un tercero y que por sí es nula por falta del consentimiento de dicho tercero, la cláusula penal agregada

a esa convención que debiera ser nula, no lo es según ambas legislaciones. ¿Cual será la razón de esta excepción, es decir, que no se observe el principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal? Parece que proviene de que el tercero por quien uno promete imponiéndose una pena, o el tercero, en cuyo favor se estipula imponiéndose también una pena la persona con quien se estipula, derivan de la convención utilidad o provecho; de tal modo que si así no fuera, la obligación principal sería nula y por lo tanto la cláusula penal no valdría tampoco; pero vale justamente por el provecho o utilidad que el tercero deriva de la convención y por otras razones que más adelante expondremos.

Un ejemplo ayudará a explicarnos más claramente la razón de esta excepción o anomalía: Yo prometo a Pedro, con quien contrato, que Juan le pagará la labranza del campo de éste, y que Pedro pagará, por vía de pena, la suma de cien pesos, si no ejecuta la obligación; valen la convención y la pena porque Juan deriva del contrato utilidad o provecho. Pero, si el convenio es extraño a su provecho o utilidad, como por ejemplo, cuando ya no se trata de labrar el campo de Juan, que es agricultor, sino de destinarlo, mediante construcción de edificios a la guarda de materias explosivas, es decir, a cosas extrañas a los negocios de Juan, y de los cuales no deriva éste ninguna utilidad, la cláusula penal no tendrá valor porque ya se cae en la prohibición del artículo 1507 del Código Civil Colombiano, y 1119 del Código Civil francés que ordena que no se puede en general comprometerse o estipular en su propio nombre sino para sí mismo, es decir, que no se puede prometer el hecho de otro—obligar a un tercero—sino en virtud de mandato, o cuando al tercero le resulta de una gestión alguna utilidad, lo que equivale a mandato; o cuando la promesa hecha por un tercero es ratificada por él, que es cuando una persona, si bien es cierto que no promete el hecho de un tercero, que no se constituye deudor de este hecho, puede sin embargo prometer personalmen-

te la ratificación de la promesa hecha por él. (artículo 1507 del Código Civil nuestro, y 1120 del Código francés).

En el primer ejemplo vale la pena, porque es válida la obligación principal ya que el tercero a quien se ha obligado deriva de la convención utilidad o provecho, y se presume por lo tanto su consentimiento. En el segundo, no vale la convención porque ésta es extraña al tercero, quien no recibe provecho o beneficio de ella, y falta, o se presume que falta su consentimiento, y no vale tampoco la pena.

La legislación francesa admite también la excepción al principio establecido de que no se puede estipular o prometer en su propio nombre sino para sí mismo, cuando uno promete por un tercero y el que estipula tiene el cuidado de agregar a la convención una cláusula penal. La excepción consiste en que no obstante la nulidad de la obligación principal, la cláusula penal que se agrega le da valor a la estipulación, contrariando el principio ya sentado, y es porque uno de los estipulantes dispone del medio de una coerción legal contra el otro, aunque no valga la obligación principal. Ejemplo: Yo estipulo con Pedro, reservando para mí la acreencia, que este Sr. edificará la casa de Juan. Esta convención no vale, es nula por lo que ya hemos dicho, pues no se puede en general prometer por un tercero; también, porque no existe interés para mí, acreedor, y no hay vínculo de derecho entre Pedro y yo; el deudor puede contravenir impunemente a ella. Pero si se le agrega la cláusula penal: «y si Pedro no edifica la casa de Juan, pagará aquél la suma de tanto, a título de pena», será válida porque yo tengo contra Pedro un medio de coerción legal, porque ya Pedro no es dueño de rehusar impunemente la ejecución de su promesa. La cláusula penal purga, por decirlo así el vicio, creando un medio de coerción legal. (Mourlon, pág. 457, tomo III)

Estas excepciones que tanto la legislación francesa como la nuestra admiten al principio establecido, tienden, como se ve, a debilitarlo o a borrar, por decirlo

así, su firmeza y eficacia lo cual obedece en opinión de Mourlon y otros tratadistas y comentadores de Derecho, a la regla general, muy admitida, de que todo lo que se estipula en un contrato debe tener eficacia, siempre que no sea contra expresa prohibición de la ley, y de preferir la interpretación de sus cláusulas en el sentido de que produzcan algún efecto a aquella en que no produzcan ninguno.

Examinemos ahora la diferencia entre lo que el acreedor puede pedir cuando el deudor está en mora en las obligaciones en general, y en las con cláusula penal. En las primeras puede pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1.<sup>a</sup> Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2.<sup>a</sup> Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3.<sup>a</sup> Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato (artículo 1610 del Código Civil nuestro). En las segundas, si la obligación con cláusula penal es de hacer o positiva, y el deudor se constituye en mora, 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; 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. (Artículos 1594 del Código Civil nuestro; 1228 y 1229 del Código Civil francés). Tratándose, pues, de las obligaciones en general, el acreedor tiene derecho a dos cosas: la indemnización de la mora, junto con cualquiera de las tres cosas, a su elección, enumeradas en el artículo 1610 de nuestro Código; y si de las obligaciones con cláusula penal, sólo tiene derecho a una cosa: o la pena, o el cumplimiento de la obligación principal, a su arbitrio. Sólo por una estipulación expresa tiene derecho a ambas cosas, lo cual autoriza la ley en virtud del principio jurídico de que las convenciones son ley para aquellos que las han hecho, siempre que no contraríen los mandatos expre-

sos de la misma ley, (artículo 1602 del Código Civil Colombiano; y 6.<sup>o</sup> inciso segundo del mismo; 1134, y 6.<sup>o</sup> del Código Civil Francés).

El estudio que venimos haciendo de las obligaciones con cláusula penal, habrá de informar el criterio jurídico que nos haya de servir para distinguir en un contrato si alguna de sus estipulaciones constituye cláusula penal, o es una obligación común o general sin obligación accesoria ninguna; importantísima distinción de la cual se derivan, como ya lo hemos observado, consecuencias jurídicas muy diferentes. Dicho estudio nos ha sido sugerido por la lectura de una sentencia de la Corte Suprema, publicada en la Gaceta Judicial de 5 de Octubre de 1915, en la cual, del análisis de una estipulación de un contrato, un Magistrado que salvó su voto, al igual que el Tribunal sentenciador, sostuvieron que constituía cláusula penal, y la Corte una obligación general sin este aditamento, fallando de conformidad, o sea casando la sentencia del Tribunal.

Hubo otro Magistrado que, aunque no sostuvo que la estipulación envolviera cláusula penal, también salvó su voto porque fue de opinión que por el hecho de haber declarado el Tribunal que sí existía la tal cláusula, a la Corte no le era permitido variar este aserto, por lo cual la sentencia no podía casarse sin contrariar la jurisprudencia de la misma.

Esta, es pues, otra de las consecuencias que habría podido producirse de la declaración del Tribunal de que la estipulación del contrato envolvía cláusula penal, cual hubiera sido la de que la sentencia no tuviera el remedio de la casación.

El caso ocurrido fue, en resumen, el siguiente:

Unos individuos vendieron un inmueble, parte de contado, y con respecto al último contado, o sea al resto para completar el pago por parte del comprador, se estipuló claramente lo siguiente, en la correspondiente escritura: *un plazo de tres meses, tanto para el pago del último contado del precio de la venta, como para que los vendedores hicieran la cancela-*

*ción de una hipoteca constituida por los mismos en favor del padre de éstos.* Se estipuló también que la falta de cumplimiento de esta obligación, por parte de los vendedores, tenía estas dos consecuencias para ellos: primera, *la de no poder cobrar la suma al vencimiento del plazo, y, segunda, la de que a partir de la fecha del vencimiento, esa suma dejaba de producir intereses a su favor.*

Estudiemos ahora, a la luz de las disposiciones civiles, si estas estipulaciones constituyen cláusula penal como lo sostuvo el Tribunal Sentenciador y el Magistrado de la Corte que salvó su voto, apartándose de la opinión de los otros que sentenciaron que las dichas estipulaciones no constituían, en manera alguna lo que jurídicamente debe entenderse por obligación con cláusula penal, sino obligaciones generales, sin accesorio de ninguna especie, que es lo que caracteriza la cláusula penal.

Dijimos, cuando hacíamos el estudio comparado de la legislación francesa con la colombiana, que en la definición de cláusula penal, como para darle mayor valor y autoridad, hay de común o de análogo, que ambas están acordes en que es aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de una convención, se compromete a alguna cosa en caso de inejecución (artículo 1226 del Código Civil Francés); la expresión, «se compromete a alguna cosa», contiene o equivale a esta empleada por nuestro Código en su artículo 1592: «se sujeta a una pena que consiste en *dar o hacer algo*» en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

Veamos, si conforme a esta definición, la estipulación de que hablamos constituye o no cláusula penal.

El plazo de tres meses fijado para el comprador pagar el último contado y para cancelar por parte de los vendedores la hipoteca que gravaba el inmueble vendido, indicaba claramente que pasados los tres meses sin que ninguna de las partes cumpliera su obligación, quedaban en el caso del artículo 1609 del Código Civil que dice en su parte pertinente: «que ninguno de los con-

tratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos». No hay, pues, como se observa en esta estipulación, cláusula penal. Pero no fue esto solamente lo que se estipuló, sino que además las partes agregaron que si los vendedores no cumplían con la obligación de cancelar la hipoteca en el término de tres meses, una vez vencido este plazo, no podían cobrar la suma que les quedaba debiendo el comprador con el mismo plazo, y a partir de la fecha del vencimiento, esa suma dejaba de producir intereses a favor de ellos; quedaba, pues, la deuda en la condición de una sin plazo y sin interés.

Preguntamos: ¿constituye cláusula penal la convención de que vencido el plazo sin haber cumplido los vendedores su obligación, no podían éstos cobrar la deuda y ésta dejaba de producir intereses a su favor? Nó, respondemos decididamente apartándonos de la opinión, muy respetable por cierto, del Magistrado que salvó su voto y el cual reforzó la del Tribunal de Cundinamarca. ¿En qué consiste la cláusula penal según nuestra ley y la francesa—origen de la nuestra—excúsenos que volvamos a preguntar?. *En dar o hacer algo*; ¿y qué era lo que daban o hacían los vendedores en caso de inejecución de su obligación? Nada contestamos, porque no tener el derecho de cobrar una suma que se les debía de plazo vencido por no haber cancelado la hipoteca, y mientras ésta quedara sin cancelar, es decir, durante la mora, (porque es claro que cancelándola nacía el derecho de cobrarla aunque sin derecho a los intereses, por no haberla cancelado en el tiempo estipulado); y no tener tampoco el derecho, desde el vencimiento del plazo sin haber cancelado, de recibir intereses, ni es *hacer algo*, ni es mucho menos, *dar*, porque se da lo que se tiene, de lo que uno es dueño; intereses no devengados no pueden ser objeto de donación, es decir, no pueden  *darse*; los intereses que no se pueden cobrar después de vencido cierto plazo, ni son intereses causados, ni por lo mismo son devengados, porque lo que han estipulado

justamente las partes es que no habrá intereses si pasado cierto tiempo no cumplieren una de ellas con una obligación. Todavía más; perder un derecho, aunque sea transitoriamente, (lo cual según hemos visto al analizar la estipulación de que nos ocupamos) es una expresión impropia, porque propiamente no se pierde el derecho, sino que lo que sucede es que no se tiene el derecho, por el no cumplimiento de una obligación, y no tener un derecho por la misma causa, como es el de cobrar intereses de una suma, por parte de los vendedores, ni *es hacer* ni mucho menos *dar*, carácter distintivo de la cláusula penal. Dar no es sinónimo aquí de *donare*; es la traducción, como dicen los comentadores franceses, del verbo *dare*, que, en derecho romano significaba transferir la propiedad de una cosa; lo cual es un hecho, es tanto como hacer, es decir, equivale a dar o sea transferir la propiedad de una cosa; y en este sentido, *dar*,—la especie—está comprendida en hacer—el género; de suerte que la palabra dar que usa nuestro Código viene a estar demás—en concepto nuestro—es una redundancia en la cual no incurre el legislador francés al definir la cláusula penal en el artículo 1226, en el cual no habla de *dar o hacer*, como el nuestro, sino simplemente *de hacer algo*, es decir, *alguna cosa*, expresión ésta en la cual está comprendido el dar, que es tanto como hacer, porque, quien transfiere la propiedad de una cosa que es dar, según lo tenemos visto, ejecuta también la facultad de hacer alguna cosa.

No envuelven, pues, verdadera cláusula penal las estipulaciones que venimos estudiando y por lo tanto así el Tribunal como el Magistrado de la Corte que salvó su voto, erraron, en nuestro concepto, al sostener que había cláusula penal, o sea que dichas estipulaciones constituían obligaciones de esta especie.

Para que la estipulación constituyera cláusula penal sería necesario que las partes se hubieran comprometido claramente a que si dentro del plazo fijado no cancelaban los vendedores la hipoteca, pagarían por vía de pena, una suma de pesos o se obligaban, por

ejemplo, a entregar al comprador el trigo que tuvieran almacenado en sus graneros, cuando los declararan en mora de cancelar; o que el comprador, en su caso, se hubiera comprometido, a que si no pagaba al vencimiento del plazo el precio del último contado, estando listos para cancelar, o habiendo cancelado la hipoteca los vendedores, es decir, cuando lo declararan en mora, pagaría por vía de pena una suma de tanto, que vendría a representar un interés mayor que el estipulado. Estas convenciones que si hubieran constituido obligaciones con cláusula penal, son, como se observa, en un todo distintas de las que venimos estudiando, las cuales, conforme lo hemos demostrado, no envuelven en manera alguna cláusula penal. Y decimos que las estipulaciones de los ejemplos que citamos sí envuelven indudablemente cláusula penal, porque en cada una de ellas sí se ve claro que el deudor que faltare al cumplimiento de la obligación principal, queda obligado a *dar o hacer algo*; si son los vendedores, a pagar una suma o a entregar el trigo que tuvieran en sus graneros; si el comprador, a pagar una suma de pesos que vendría a ser tanto como pagar mayor interés del estipulado. Todo esto indica que por regla general, es decir, en el mayor número de casos, las obligaciones son comunes o generales, y que sólo excepcionalmente asumen el carácter de obligaciones con cláusula penal, cuando es de una claridad completa, es decir indudable la estipulación de esta especie; y entonces es cuando viene a ser aplicable la regla de interpretación que dice: «que la excepción no debe admitirse sino cuando es indudable; pero que admitida la excepción debe preferirse a la regla, porque la especie deroga al género.

El artículo 1452 del Código Civil dice: «No hay donación en el comodato de un objeto cualquiera», aunque su uso o goce acostumbre darse en arriendo.

Tampoco la hay en el mutuo sin interés.

Peró la hay en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o a censo».

Lo que estatuye este último inciso, no es aplicable al caso de que venimos tratando, porque, volvemos a repetir, los vendedores mientras no cancelaran la hipoteca en el plazo estipulado, no tenían derecho a cobrar intereses; no los perdían por lo tanto ni donaban o daban, porque se había pactado que no tendrían derecho a ellos, si faltaban a su obligación; ni había remisión ni cesión ni tampoco condonación de esos intereses, puesto que no tenían derecho a ellos, no eran de los vendedores, no estaban en el patrimonio de éstos, y no se puede remitir, ceder, condonar, sino lo que uno tiene, de lo que uno es dueño, un derecho, pero no a lo que uno no tiene derecho, como lo eran en el caso contemplado, los intereses no devengados ni causados, porque no habían corrido; no se tenía derecho a ellos, justamente por falta de cumplimiento por parte de los vendedores de cancelar la hipoteca; éstos no perdían los intereses porque no los tenían; lo que ocurría era que no tenían derecho a cobrar intereses, después de vencido cierto plazo, y eso en virtud de una estipulación de ellos clara y expresa.

El no cumplimiento por parte de los vendedores de cancelar la hipoteca, dentro del término estipulado, los hizo incurrir en la mora; no así el comprador, mientras los vendedores permanecieran en su negativa para ejecutar su obligación y quien estuvo listo para pagar el precio del contado restante. En esta situación era para el comprador (acreedor en este caso) clarísimo el derecho consignado en el artículo 1.610 del Código Civil que ya hemos transcrito, para pedir, como pidió, la indemnización de la mora y la ejecución del hecho convenido. Pero, volvemos a decir, tanto el Tribunal como el Magistrado disidente consideraron que las estipulaciones envolvían una cláusula penal, y aplicó aquél, en consecuencia, disposiciones legales sustantivas que no venían al caso del pleito; y éste sustentó la misma opinión, es decir, que debían aplicarse las disposiciones que rigen sobre obligaciones con cláusula penal. Y fue tan sustancial la diferencia entre el Tri-

bunal sentenciador, el Magistrado de la Corte que abundó en las mismas razones de éste, y la Corte en la sentencia que casó la del Tribunal, que éste absolvió a los demandados que fueron los vendedores y la de Casación los condenó no sólo a indemnizar a los herederos del comprador los perjuicios provenientes de la mora, en el cumplimiento de la obligación de cancelar la hipoteca, sino a cancelar ésta según lo convenido.

¿En qué se apoyó preguntamos, el Tribunal para absolver a los demandados—vendedores—de las declaraciones que pidió el demandante se hicieran en su favor?

Dijimos que consideró que las estipulaciones hechas envolvían cláusula penal, y que por lo mismo aplicó las disposiciones legales que rigen las obligaciones de esta especie. En efecto, dijo en sustancia: «los vendedores demandados por el hecho de haberse constituido en mora de cancelar la hipoteca que gravaba el inmueble vendido, en el tiempo estipulado, incurrieron en la pena consistente en *perder* los intereses del crédito que tenían contra el comprador (concepto erróneo que creemos haber confutado en el curso de este estudio), es decir, consideró que hubo cláusula penal, y de ahí, continúa el Tribunal, que el comprador (acreedor) perdiera el derecho a pedir la indemnización de perjuicios, porque conforme al artículo 1,600 del Código Civil tenía a su elección pedir: o la pena o la indemnización de perjuicios; pero como optó por la pena una vez que el comprador o sus herederos habían dejado de pagar intereses, y también porque cuando entabló la demanda ya se estaba haciendo efectiva la pena, perdió el derecho a demandar indemnización de perjuicios».

Aquí se ve más patente el error de calificar la convención de que, si al no cumplir con la obligación de cancelar la hipoteca los vendedores, la suma que se les quedaba a deber dejaba de producir intereses, constituía cláusula penal, porque consistiendo ésta en *dar o hacer* algo en caso de no ejecutar o retardar el cumplimiento de la obligación principal, las circunstancias de no deberse intereses desde cierto tiempo, de no



tener derecho a esos intereses, es decir de no correr intereses por haberse pactado, que no los habría si se faltaba a una obligación, estas circunstancias, repetimos, no equivalen a *dar* o *hacer* por parte del deudor, que es lo que caracteriza la cláusula penal; el que deja de recibir intereses a que no tiene derecho, o mejor dicho, por no tener derecho a ellos, en virtud de un convenio, ni los pierde, ni mucho menos los da, ni tampoco hace nada: luego no hay razón jurídica para calificar como cláusula penal estipulaciones en un todo extrañas a ellas y en las cuales no concurren los requisitos necesarios para que se produzca el fenómeno jurídico que el Tribunal y un Magistrado de la Corte afirmaron haberse producido.

Es de notar que el ilustrado Magistrado que salvó su voto, además de razones de otro orden que tuvo para ello, hizo hincapié y sostuvo, como cosa para él muy clara, que lo que se pactó fue una verdadera cláusula penal a la luz de nuestro Código Civil. En efecto, afirma: «que los vendedores o sea los demandados sí daban algo en caso de que no se hiciera la cancelación de la hipoteca en los tres meses para ello concedidos; que eso que daban era los intereses a que tenían derecho y que dejaban de cobrar». A esta argumentación respondemos lo que hemos dicho ya tantas veces; que los deudores—vendedores—no podían dar nada porque nada tenían, y nada tenían porque justamente se había estipulado que al no cumplir su obligación dejaba su crédito de producir intereses, no eran dueños de intereses, por consiguiente no los podían dar ni tampoco perder, porque nadie pierde lo que no tiene. Es pues, para nosotros claro de toda evidencia, que no hay cláusula penal en la estipulación tantas veces nombrada.

Decidió, pues, en nuestro concepto, con mucho acierto la Corte, al condenar a los demandados a cumplir la obligación de cancelar la hipoteca y a indemnizar a los demandantes los perjuicios provenientes de la mora en el cumplimiento de dicha obligación.

No se quebrantó, pues, como lo sostuvo el Ma-

gistrado a quien nos hemos venido refiriendo, el artículo 1.600 del Código Civil que contempla el caso en que haya habido cláusula penal, el cual no es el aplicable al caso del pleito, como creemos haberlo demostrado. El que aplicó la Corte fue el 1610 que no contempla la existencia de cláusula penal sino de una obligación general de *hacer*, en cuyo caso, si el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, entre cualquiera de estas tres cosas a elección suya; esta, que fue la que pidió: «1.ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido», o sea la cancelación de la hipoteca que fue en el caso de que nos ocupamos, a lo que condenó la Corte.

Hacemos notar, al darle fin a este ya largo como cansado trabajo, lo que anunciamos al principio de él, acerca de la importancia del estudio de las obligaciones con cláusula penal, muy fácilmente confundibles con las otras que no asumen este carácter especial, y cómo son de distintas naturalmente las consecuencias jurídicas que se producen al considerar o calificar erróneamente que una estipulación envuelve cláusula penal, por creer que concurren en ella los requisitos indispensables para constituir esta especie de obligaciones, cuando realmente no concurren tales requisitos para que tal fenómeno jurídico se produzca. Tan distintas son las consecuencias, repetimos, que la sentencia del Tribunal que declaró que hubo cláusula penal, absolvió a los demandados, y la de la Corte que adujo, en nuestro concepto, razones concluyentes para sostener lo contrario, condenó a los demandados en los términos que ya hemos indicado, o sea a cumplir la obligación contraída y a indemnizar los perjuicios provenientes de la mora en su ejecución. La sentencia que absolvió dejó sin resolver importantes puntos de la demanda, e hizo que quedaran sin efecto alguno las estipulaciones que en el caso en que nos ocupamos fueron consignadas en la convención, verdaderas leyes de los contratantes, pues nada dijo en lo relativo a la cancelación, ni tampoco al pago de lo que

restaba a deber el comprador, en tanto que la de la Corte que condenó, sí resolvió sobre estos puntos; sobre el primero expresamente, y sobre el segundo tacitamente, porque es claro que al ejecutarse la sentencia en el sentido de hacer cancelar la hipoteca, el comprador o sus sucesores tendrían que pagar el contado que quedaban debiendo, no habiéndose mencionado expresamente en la sentencia la condenación del comprador en este punto, porque sin haberse cumplido por los vendedores su obligación, mal podía condenarse al pago de esa suma.

Por la sentencia del Tribunal se interpretaron las cláusulas de un contrato en el sentido de no producir efecto alguno, mientras que por la de la Corte se interpretaron en el sentido de producir los efectos que las partes tuvieron en mira al celebrarlo, así como las consecuencias que legalmente habían de desprenderse de él según la doctrina del artículo 1,603 del Código Civil y las reglas de la Crítica y la Hermenéutica legal aplicables así a las leyes como a los demás actos jurídicos contratos, testamentos, etc., etc.

Todas estas razones al haberlas aducido la Corte, le habrían dado, en nuestro concepto, fundamento jurídico más sólido a la sentencia.

---

## ECONOMIA POLITICA

**Jesús María ECHEVERRI**

### Billetes representativos del oro.

Con este nombre ha principiado a circular gran cantidad de numerario, que no está de acuerdo con el verdadero billete de banco, siendo por el contrario el mismo papel moneda de 1880 con distinta faz.

Por la Ley 70 de 1913 se le confirió facultad a la junta de conversión para trabar negocios con una casa bancaria extranjera, que lleva por nombre American

Banck Note Co, facultad que dio lugar al convenio para la fabricación de *doce millones de billetes representativos de oro* y contrato que se hizo con la expresa condición de emplear papel con filaturas de seda, pero los EE. UU. de A. no lo permitieron por ser este papel el de propio uso para la moneda fiduciaria.

Este cambio superficial no trae consigo ventajas económicas de ninguna especie, porque el billete nuevo es tan papel moneda como el que tenemos todavía en circulación.

Notamos, que entre el verdadero billete representativo y el papel moneda, existe una muy grande diferencia: Aquél es convertible en moneda metálica en tanto que el papel no lo es. Así, si un individuo se presenta a las arcas del Estado con un *billete representativo de oro*, no lo será cambiado por metal, sino a lo más por otro papel igual.

Existen otras varias diferencias no menos escasas de importancia que la anterior: 1.º El billete de banco representativo de oro es emitido en el curso de operaciones financieras, en tanto que el papel moneda, en la corriente de las necesidades del Gobierno. 2.º El billete es emitido por sociedades particulares y el papel por la Nación.

De suerte que la garantía que ofrece el papel moneda es el respaldo por *la junta de conversión* o sea las rentas del Estado, en cambio que el verdadero billete representativo de oro (no el nuestro) tiene por base segura y firme el encaje depositado en los sótanos del banco.

Si a la junta de conversión no se le hubieran cortado las alas, quitándole como le quitaron los fondos destinados a la conversión de papel moneda, el nuevo billete representativo de oro habría despertado en los colombianos muy fundadas esperanzas que con el tiempo habrían llegado a ser una realidad. Pero el golpe dado a la junta, fue un golpe que repercutió en el crédito del País y que nos aleja mucho de una redención del papel moneda.

Colombia tiene en circulación diez millones y medio en papel moneda y el contrato es de doce millones. Qué pensará el Gobierno acerca de la diferencia? Arrojarla sobre los particulares para enervar la respiración