EJECUCIÓN DE CLÁUSULA PENAL/ Al ser de naturaleza indemnizatoria carece de claridad y exigibilidad y no puede ser cobrada por vía ejecutiva

(…) la indemnización de perjuicios no puede cobrarse como pretensión principal dentro de un proceso ejecutivo, pues el juez(a) tendría que proferir una condena en el auto de mandamiento ejecutivo en tal sentido y ello procesalmente no es aceptable desde ningún punto de vista, puesto que sería necesario que haga una valoración probatoria, lo cual es una actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo y más particularmente al auto de mandamiento de pago. En consecuencia (…) si el actor lo que reclama es la indemnización de perjuicios deberá acudir, previamente, al proceso declarativo., por lo que mientras no se reconozca en una sentencia, esta cláusula penal no será ni clara ni exigible.”

EJECUCIÓN VALORES CAUSADOS DURANTE EL PROCESO/ Deber de concretar las sumas que se pretenden ejecutar

“(…) en la demanda no se especifica ni el valor del canon de arrendamiento que corresponde al periodo que inicia el 26 de noviembre de 2014 y subsiguientes, ni el valor de los intereses, ni menos aún el valor de los perjuicios. Y es que ni siquiera por vía de abstracción el juzgado podría llegar a conocer tales sumas de dinero, por cuanto, no obstante expresarse por parte del arrendador haberse renegociado el valor del canon para el segundo año, no es posible de tal información arribar al periodo que empieza el 26 de noviembre de 2014, puesto que habría de tenerse en cuenta el que venía rigiendo para el periodo anterior, y a él sumarle el 10% de IVA o la tarifa aplicable de acuerdo al régimen de impuesto a las ventas al que pertenece el arrendador, información de la que carece el despacho judicial.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia - Unitaria**

Magistrado: Edder Jimmy Sánchez Calambás

Pereira, dieciséis de marzo de dos mil dieciséis

Expediente. 66681-31-03-001-2014-00261-01

Asunto: Decide recurso de apelación

**I. Asunto**

Resuelve el Tribunal el recurso de APELACIÓN interpuesto por el apoderado judicial de la COMPAÑÍA COLOMBIANA AGROINDUSTRIAL S.A., contra el auto proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal el 1 de julio de 2015.

**II. Antecedentes**

1. En el proceso ejecutivo seguido por la COMPAÑIA COLOMBIANA AGROINDUSTRIAL S.A. contra la COOPERATIVA NACIONAL CAFETERA “CONAFE” y los señores IVÁN DARÍO GÓMEZ PEÑALOZA y RUBÉN DARÍO ZULUAGA DUQUE, una vez corregida la demanda, previo el requerimiento a los deudores y con base en un contrato de arrendamiento, se pidió ordenar el pago, entre otros, de las siguientes sumas de dinero:

*“A. $94.080.201.oo correspondiente al período trimestral del 26 de agosto de 2014, hasta el 25 de noviembre de 2014…”*

*B. Por los intereses… C… D…*

*E. $188.160.402.oo por concepto de perjuicios a que hace referencia el contrato de arrendamiento en su cláusula DECIMA PRIMERA PARAGRAFO UNO, por mora en el pago del período trimestral antes anotado. (sic)*

*F. Por los valores que se causen por concepto de cánones de arrendamiento, intereses y perjuicios, durante lo sucesivo del proceso, es decir, a partir del 26 de noviembre de 2014 y hasta que se perfeccione la entrega real y material del bien inmueble objeto de arrendamiento.”*

2. El juzgado de conocimiento mediante auto del 1 de julio del 2015 libró mandamiento de pago en contra de los ejecutados, por los rubros a que hacen referencia los literales A, *B*, *C* y *D* y denegó la orden de apremio respecto de los literales *E* y *F*; decisión que fundamenta la a quo en lo siguiente:

En cuanto al literal *E*, porque la obligación principal para los demandados consiste en realizar el pago de $94.530.334, correspondiente a los cánones de arrendamiento del periodo trimestral del 26 de agosto al 26 de noviembre de 2014. Pero visto el contrato, se observa que en el PARÁGRAFO UNO de la CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA, las partes pactaron clausula penal, por lo que de su simple lectura y en atención a las pretensiones formuladas, deduce el juzgado que lo pretendido por la ejecutante, es la aplicación de la sanción tantas veces, cuantas veces se den los incumplimientos contractuales en el pago de la renta, esto es, la aplicación de la pena como atrasos haya. De tal manera que la cláusula penal al pactarse según el ejecutante en la suma de $189.060.668 excede el valor de la obligación principal, contrariando una norma imperativa (art. 867 C. Co.), lo que conlleva a que no sea posible librar mandamiento.

Frente al literal *F*, argumenta la juzgadora que debido a la renovación del término de duración del contrato de arrendamiento, el valor del canon del periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2012 y 25 de noviembre de 2013 debía ser negociado nuevamente, de acuerdo a lo establecido en la cláusula cuarta del mismo; y, en efecto, las partes estipularon el valor del canon para dicho periodo. Infiere el juzgado, dice la funcionaria judicial, que el PARÁGRAFO UNO de la CLÁUSULA CUARTA no fue modificado con el OTRO SI pactado y que por ello el valor del canon de arrendamiento debía ser establecido por las partes intervinientes en el contrato para su futura renovación, lo que no ocurrió.

Recalca la señora jueza que, al no aparecer estipulado el valor real que debía cancelar la parte ejecutada por arrendamientos del periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2014 al 26 de noviembre de 2015, no puede librarse mandamiento de pago pretendido por los cánones de arrendamiento a partir del 26 de noviembre de 2014.

4. Inconforme el portavoz judicial de la parte ejecutante con la decisión adoptada interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación, en orden a que se revoque el auto impugnado en los aspectos no concedidos. En sustento de su inconformidad aduce:

4.1. Su poderdante y los ejecutados, suscribieron el 26 de noviembre de 2011 un contrato de arrendamiento de una trilladora de café y posteriormente, el 26 de noviembre de 2012 pactaron un “OTRO SI No. 1”, donde los arrendatarios se comprometen al pago de $29.884.400 como canon mensual de arriendo, más el 10%, valor correspondiente al IVA o la tarifa que sea aplicable al régimen de impuesto a las ventas al que pertenece el arrendador.

 4.2. El contrato fue prorrogado automáticamente el 26 de noviembre de 2013 hasta el 25 de noviembre de 2014, sin necesidad de ninguna manifestación por parte de los contratantes de renovarlo, simplemente con la sola intención de seguir ocupando la trilladora; así mismo, se incrementó su canon en el valor correspondiente al IPC más 3 puntos del año que se encontró vigente en el momento de la prórroga, de acuerdo a lo contemplado en la cláusula 4 del mentado OTRO SI, quedando un valor de $94.530.334.

Luego alega que la prórroga del contrato de arrendamiento fue hasta el 20 de marzo de 2015, fecha en la cual los demandados hacen entrega formal de la trilladora a su poderdante, la que ha demostrado con la copia auténtica del acta de recibo de la trilladora, lo que prueba que el contrato fue renovado nuevamente a partir del 24 de noviembre de 2014.

4.3. Sostiene que en la estipulación “DECIMA PRIMERA” del contrato, acordaron fijar pena e indemnización de perjuicios conforme a lo preceptuado en el artículo 1600 del Código Civil, acordando tanto los valores de la pena como de los perjuicios, quedando al arbitrio de su poderdante pedir ya sea la primera de ellas o la segunda, o las dos conjuntamente.

4.4. El abogado manifiesta que difiere de lo aducido por el juzgado, en relación con la aplicación del artículo 867 del Código de Comercio y remite al artículo 1601 del Código Civil. Expresa que solo se pidió la indemnización de los perjuicios que consisten en el doble del precio de la renta, en este caso la suma de $188.160.402, que el juzgado toma como si fuera el valor de la pena o clausula penal, que claramente aparece en el contrato como el valor de la renta, y de ser cobrado se ajustaría perfectamente a lo establecido en el artículo 867 del Código de Comercio, por no exceder a la obligación principal.

5. Por auto del 10 de julio de 2015, decidió la operadora judicial no reponer la providencia recurrida, concediendo el recurso de apelación, que luego de dársele el trámite que corresponde, se procede a decidir previas las siguientes

**III. Consideraciones**

1. Esta Corporación es competente para conocer del recurso, ya que es el superior funcional de quien profirió la providencia confutada, la cual es susceptible de ser apelada (art. 351-4 C.P.C.); fue formulado en tiempo oportuno y ha sido sustentado debidamente.

2. Visto lo anterior, corresponde a esta Sala determinar si la decisión de la Juez *a quo*, esto es, negar el mandamiento de pago solicitado respecto a las pretensiones contenidas en los literales *E* y *F* del escrito obrante a folios 28 a 29 del cuaderno principal, tiene o no asidero jurídico y, por lo tanto, debe o no mantenerse.

3. En desarrollo de este laborío, ha de decirse que el sostén que sirve de título ejecutivo en el asunto que ahora ocupa la atención del Tribunal es un contrato de arrendamiento suscrito, de un lado por C.I. COMPAÑÍA CAFETERA AGRICOLA SANTANDER S.A. (arrendador) y del otro la COOPERATIVA NACIONAL CAFETERA y los señores IVÁN DARÍO GÓMEZ PEÑALOZA y RUBÉN DARÍO ZULUAGA DUQUE (arrendatarios). El mismo fue firmado el 26 de noviembre de 2011 por un término de un año, prorrogable.

4. Para una mejor ilustración, se transcribe el aparte del contrato en el que se fundamenta el pedimento del literal *E* de la demanda en discusión, esto es la cláusula décima primera:

*“DECIMA PRIMERA- CLAUSULA PENAL: El incumplimiento de cualquiera de las partes, respecto de las obligaciones derivadas de este contrato, que dé lugar a la terminación del mismo, constituirá en deudor a la parte incumplida a favor de la otra parte, de la suma equivalente a UN (1) canon de arrendamiento del contrato a título de pena, suma que será exigible ejecutivamente sin necesidad de requerimiento, a los cuales expresamente las partes, en forma espontánea, libre y voluntaria, en su reciproco beneficio.*

*PARAGRAFO UNO- PERJUICIOS: El valor de la cláusula penal que se haga efectivo se considera como pago parcial de los perjuicios causados al ARRENDADOR, quedando éste facultado para reclamar por la vía judicial y extrajudicial, los perjuicios que excedan de la cláusula penal.*

*El retardo de uno o más trimestres y la evidente incursión en MORA o FALTA DE PAGO, lo constituirá en deudor del ARRENDADOR por una suma equivalente al doble del precio mensual de la renta que esté vigente en el momento del incumplimiento, a título de pena, que será exigible sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno y sin perjuicio de los demás derechos que tiene el ARRENDADOR para hacer cesar el arrendamiento y exigir judicialmente la entrega de la TRILLADORA. Se entenderá en todo caso que el pago de la pena no extingue la obligación principal y que el ARRENDADOR podrá pedir a la vez el pago de la obligación principal, la indemnización de los perjuicios y pena pactada si es del caso. El presente contrato es prueba sumaria suficiente para el cobro de esta pena al ARRENDATARIO o deudores solidarios. La pena se causará tantas veces como el incumplimiento haya. En caso de que el ARRENDATARIO se atrase en varios cánones de arrendamiento, la pena se causará tantas veces como atrasos haya. Una vez causada la pena, cualquier pago que se haga se imputará primero al pago de la pena y después al pago de la obligación principal.”*

6. En criterio de la funcionaria judicial de primer grado, lo pactado en el párrafo tercero de la cláusula trascrita es claramente una sanción a título de pena, –una clausula penal; la simple lectura de la misma y lo pretendido por la parte ejecutante, dice, es así de claro; se demanda la aplicación de la sanción tantas veces, cuantas veces se den los incumplimientos contractuales en el pago de la renta por parte del arrendatario, esto es la aplicación de la pena como atrasos haya.

7. Ahora, tiene razón la *a quo* en que el arrendador persigue el pago de los cánones de arrendamiento correspondiente al periodo trimestral del 26 de agosto al 25 de noviembre de 2014, esto es $94.080.201 y, con fundamento en la cláusula décima primera ya referida, a título de pena el duplo de dicha cantidad, esto es, $188.160.402. A este último pedimento no accedió la señora jueza de primera instancia, al considerar que se trata de una cláusula excesiva respecto de la obligación principal, encontrando apoyo en el artículo 867 del Código de Comercio.

7.1. La cláusula decima segunda del contrato que sirve de sustento a la ejecución demandada, contiene en su primer párrafo la estipulación de la cláusula penal del contrato de arrendamiento entre las partes. En consecuencia, como a través de la misma las partes pretenden anticiparse a los posibles efectos del incumplimiento del contrato y para ello de manera anticipada tasan los perjuicios que puedan derivarse del mismo, en este caso concreto, quedó determinada en el párrafo primero de la siguiente manera: “*la suma equivalente a UN (1) canon de arrendamiento que se encuentre pagando en el momento en que se efectúe la violación del contrato a título de pena”*.

La referida cláusula contiene un párrafo o inciso tercero, que hace mención a una sanción a título de pena, fijada únicamente en favor del arrendador por el retardo de uno o más cánones de arrendamiento por parte del arrendatario, y con fundamento en ella es que el ejecutante pretende el cobro de la suma de $188.160.402, que equivale al duplo de los tres meses de cánones de arrendamiento dejados de pagar por el arrendatario (26 de agosto al 25 de noviembre de 2014), a título de perjuicios.

7.2. La doctrina y jurisprudencia nacionales coinciden en que la cláusula penal constituye principalmente una estimación anticipada de los perjuicios que el incumplimiento de obligaciones emanadas del contrato pueda irrogar al contratante obsecuente con las suyas, según se desprende de los artículos 1594, 1596 y 1600 del Código Civil. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha enseñado que ella sirve de apremio al deudor, al tiempo que provee a los contratantes de una garantía y permite valorar por anticipado los eventuales perjuicios que podrá acarrear el incumplimiento de cualquiera de los contratantes y, en este último caso, provee a éstos de evidentes ventajas procesales, pues quien la reclama, por el simple incumplimiento del otro se halla liberado de demostrar la existencia de los perjuicios, su monto y la culpa del contratante incumplido.

Sobre tal modo anticipado de estimación de perjuicios, el alto Tribunal tiene dicho lo siguiente:

*“1. La institución de la cláusula penal, denominada así en el artículo 1592 del C. Civil, cuyos verdaderos alcances están en esencia previstos en el artículo 1594 ibídem, en los asuntos civiles, y que igualmente se presentan en los de naturaleza mercantil en virtud de la aplicación armónica e integral que impone darse a esos preceptos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 822 y 867 del C. de Comercio, se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza. Y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, no solo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para prefijar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta.*

*“2. Tal función indemnizatoria tiene hondo significado práctico, pues, amén de que presupone la existencia de tales perjuicios ante un eventual incumplimiento, dispensan al acreedor de la carga de demostrar su monto.*

*“Ahora bien, quien se beneficia de su aplicación es el acreedor en contra del deudor incumplido, y justamente por ser así no puede levantarse como barrera que, en vez de otorgarle provecho a aquél, conduzca a disminuir el derecho que le asiste en todos los casos a obtener la plena indemnización de perjuicios”.* (Cas. civ. 7 de junio de 2002, Exp. 7320).

7.3. Como ello es así, los perjuicios anticipados a reclamar en el proceso ejecutivo, mediante la efectividad de la cláusula penal, en este caso concreto estarían restringidos a lo dispuesto en la misma, esto es, en el párrafo primero, “*la suma equivalente a UN (1) canon de arrendamiento que se encuentre pagando en el momento en que se efectúe la violación del contrato a título de pena”*. El ejecutante los pretende, en este caso concreto, en un valor mayor, el duplo de la renta no pagada. Sin embargo ha de anotarse que la compañía demandante no está reclamando por esta vía la cláusula penal del contrato.

7.4. Así las cosas, lo que la parte actora demanda es la cancelación de la obligación principal, esto es el pago de la renta, y el pago de perjuicios, que considera es el duplo de los cánones dejados de cancelar.

7.5. Bien es sabido que la indemnización de perjuicios no puede cobrarse como pretensión principal dentro de un proceso ejecutivo, pues el juez(a) tendría que proferir una condena en el auto de mandamiento ejecutivo en tal sentido y ello procesalmente no es aceptable desde ningún punto de vista, puesto que sería necesario que haga una valoración probatoria, lo cual es una actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo y más particularmente al auto de mandamiento de pago. En consecuencia, se insiste, si el actor lo que reclama es la indemnización de perjuicios deberá acudir, previamente, al proceso declarativo., por lo que mientras no se reconozca en una sentencia, esta cláusula penal no será ni clara ni exigible.

7.6. Así las cosas, no era menester librar la orden de apremio en la instancia anterior por este preciso ítem, pero por las razones que se acaban de expresar.

8. Ahora, frente a la siguiente pretensión de mandamiento de pago: “*F. Por los valores que se causen por concepto de cánones de arrendamiento, intereses y perjuicios, durante lo sucesivo del proceso, es decir, a partir del 26 de noviembre de 2014 y hasta que se perfeccione la entrega real y material del bien inmueble objeto de arrendamiento.”*, que también la jueza a quo negó, la Sala ha de confirmar la decisión, por lo que a continuación se expone:

En primer lugar en la demanda no se especifica ni el valor del canon de arrendamiento que corresponde al periodo que inicia el 26 de noviembre de 2014 y subsiguientes, ni el valor de los intereses, ni menos aún el valor de los perjuicios. Y es que ni siquiera por vía de abstracción el juzgado podría llegar a conocer tales sumas de dinero, por cuanto, no obstante expresarse por parte del arrendador haberse renegociado el valor del canon para el segundo año, no es posible de tal información arribar al periodo que empieza el 26 de noviembre de 2014, puesto que habría de tenerse en cuenta el que venía rigiendo para el periodo anterior, y a él sumarle el 10% de IVA o la tarifa aplicable de acuerdo al régimen de impuesto a las ventas al que pertenece el arrendador, información de la que carece el despacho judicial.

En segundo lugar, como ya se expresó, la indemnización de perjuicios no puede cobrarse como pretensión principal dentro de un proceso ejecutivo.

9. Bajo estas circunstancias se confirmará la providencia recurrida.

**IV. Decisión**

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Civil Familia Unitaria de Decisión, **CONFIRMA** la providencia de fecha 1 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal Risaralda.

Sin costas en esta instancia.

En su oportunidad, vuelva el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

El Magistrado,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**