

SOBRE EL REGIMEN LEGAL DE LOS INTERESES EN COLOMBIA

Dr. JAIME ALBERTO ARRUBLA P.
Profesor en la Facultad de Derecho
Universidad Pontificia Bolivariana, en las
cátedras: Contratos Civiles y Contratos
Mercantiles

I. INTRODUCCION:

Para comenzar con el estudio de este tema, es preciso traer una definición de lo que podemos entender por interés. El interés es el precio que paga el deudor a su acreedor por la utilización del dinero de éste.

La anterior definición es restringida, como adelante lo veremos, pero es suficiente para un comienzo.

El dinero, como bien patrimonial que es, es susceptible de transacciones y de intercambio comercial. El mismo legislador reconoce su aptitud para producir intereses y los denomina frutos naturales del mismo (Artículo 717 del Código Civil).

Para una mejor comprensión de la materia, es procedente clasificar los distintos tipos de interés que conoce la doctrina, la Jurisprudencia y la misma ley.

Si tenemos en cuenta el negocio jurídico que les da origen, podemos hablar de intereses civiles o de intereses mercantiles.

Según el hecho que los causa, conocemos los intereses remuneratorios y los intereses moratorios.

Considerando la mediación de la voluntad de las partes, podemos referirnos al interés legal y al interés convencional.

Ahora, procuremos una definición para cada uno de estos conceptos:

INTERESES CIVILES:

Son los que consagra el Código Civil para los negocios jurídicos Civiles, como por ejemplo cuando regula el contrato de mutuo, en este evento, dice la ley civil, los intereses pueden consistir en dinero o en cosas fungibles (artículo 2230 del Código Civil).

INTERESES COMERCIALES:

Son los que consagra el Código de Comercio para los negocios jurídicos mercantiles, como por ejemplo en el mutuo mercantil que es por naturaleza generador de intereses.

INTERESES REMUNERATORIOS:

También conocidos como ordinarios, compensatorios o de plazo; podemos decir que son la prestación de una de las partes en el cumplimiento del contrato, como por ejemplo en el mutuo, los que se deben durante el plazo. Hay lugar a hablar de estos intereses, siempre que no esté en mora el deudor de pagar la obligación.

INTERESES MORATORIOS:

Son aquellos que debe pagar el deudor desde el momento en que se constituye en mora de pagar una suma de dinero, hasta el momento en que soluciona o paga esa obligación.

INTERESES LEGALES:

Los señala la Ley, a falta de estipulación de las partes, para aquellos casos en que debe pagarse interés. La tasa de este interés aparece señalada en la ley.

INTERESES CONVENCIONALES:

Son los que acuerdan las partes.

INTERESES CORRIENTES:

Son aquellos que se cobran en una plaza determinada durante un término determinado. Estos serán **CORRIENTES BANCARIOS**, cuando los están cobrando los bancos, en una plaza determinada en un tiempo determinado.

Precisados los anteriores conceptos, es procedente advertir, como la autonomía de la voluntad se encuentra restringida en esta materia, a causa del intervencionismo estatal, el cual se presenta por razones de equidad y de orden público. Actualmente nadie duda sobre la conveniencia de esta intervención. Don Miguel Antonio Caro escribía en su época: "si el Estado valora la moneda, por la misma razón tasa sus rendimientos".

Desde épocas romanas, la ley se ocupó de fijar un límite a los intereses para proteger de abusos a los prestatarios. La ley de las **DOCE TABLAS** contenía ese máximo. La sanción para el abuso era puramente civil, consistente en la restitución de los intereses ilegalmente percibidos.

La Iglesia Católica fue en sus inicios, todavía más eficaz. Prohibió la estipulación de intereses con un doble fundamento. En primer lugar, en los antiguos preceptos masaicos, según los cuales, los antiguos hebreos, cuando prestaban dinero, sólo podían cobrar intereses a los extranjeros; pues entre ellos se debían tratar como hermanos y contentarse con la restitución del capital. En segundo lugar, de las palabras del evangelio de San Lucas (VI, 35): "... y prestad, no esperando de ello nada". Más tarde se añadió a todas estas justificaciones el criterio de Aristóteles, quien había declarado que el dinero no puede engendrar dinero.

No obstante las prohibiciones, puede afirmarse, que jamás se ha dejado de prestar dinero a interés, aun los mismos cristianos de la época, se ideaban las formas más sofisticadas para cobrar intereses.

No tardó mucho en relajarse tanto rigor, y se puede afirmar que en el siglo XVIII la prohibición era meramente teórica. Los filósofos y economistas de ese

siglo, no sólo pedían que se permitiese estipular intereses, sino que también reclamaban entera libertad para fijar la tasa. En Francia sin embargo, para tomar un ejemplo, la Asamblea Constituyente no llegó a tanto como querían estos novedosos, y el 3 de octubre de 1899, se autorizó prestar dinero a plazo fijo con estipulación de intereses, pero de acuerdo con las tasas autorizadas por la ley. Esa ley que señalaría las tasas nunca surgió, y se pasó entonces de una restricción a la libertad absoluta.

Concluida esta nota introductoria, podemos desarrollar ahora, los derroteros que marca nuestra legislación en materia de intereses.

II. INTERESES CONVENCIONALES

Antes definimos el concepto de interés convencional, ahora observemos cuál es el límite señalado por la ley para su estipulación.

El artículo 2231 del Código Civil señala el límite a los contratantes para pactar intereses: "El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor".

Tenemos entonces, que en **materia civil**, se permite como convencional el interés corriente aumentado en un cincuenta por ciento. La sanción por violar la disposición, es la reducción al interés corriente.

En **materia mercantil**, dos normas se refieren a la materia y considero indispensable su transcripción.

Artículo 883 del Código de Comercio: "El deudor estará obligado a pagar los intereses legales comerciales en caso de mora y a partir de ésta, como se determinará en el artículo siguiente".

Artículo 884: "Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de capital, sin que especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses".

Observando con detenimiento las transcritas normas, podemos constatar, como la primera de ellas se refiere al interés legal y remite a la segunda, la cual también regula en principio el interés legal, limitando además los intereses convencionales a los legales, pues se refiere a la hipótesis de sobrepasar los montos, lo que solamente es posible ante la convención de los sujetos en la relación jurídica.

La oscura redacción del artículo 884 del Código de Comercio ha dado lugar a múltiples interpretaciones desde que comenzó su vigencia el Código de Comercio. Una cosa ha dicho la Superintendencia Bancaria, ella misma ha modificado su criterio; otra cosa han dicho los Departamentos Jurídicos de los Bancos y las en-

tidades financieras; otra ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia en su única jurisprudencia sobre el particular de 29 de mayo de 1981.

Para comprender mejor los diferentes conceptos, podemos dividir el tema refiriéndonos primero a los intereses remuneratorios convencionales y luego a los moratorios convencionales.

¿ CUAL ES EL LIMITE DE LAS PARTES PARA PACTAR INTERESES REMUNERATORIOS ?

Examinemos los diferentes criterios sobre el particular.

A.— Fue tal vez, la misma Superintendencia Bancaria, en el año 1972, quien sentó un criterio en respuesta al interrogante. Podemos resumir así su criterio de esa época:

1. El artículo 884 del Código de Comercio no dice si se puede pactar interés convencional superior al corriente bancario.

2. Por ello, ante un vacío legislativo, debemos acudir a una interpretación analógica, fundamentados en el artículo 8 de la ley 153 de 1887, que señala en su texto: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las leyes que regulen casos o materias semejantes". Señaló en ese entonces la Superintendencia, que no debía dudarse en aplicar analógicamente el artículo 2231 del Código Civil, a las situaciones mercantiles.

3. Concluye su criterio señalando, que en materia mercantil el límite para pactar intereses de plazo, es el interés corriente más un cincuenta por ciento. En el momento actual, sería una tasa del 27% anual. La sanción en evento de sobrepasar dichas tasas sería la reducción y no la pérdida, pues la sanción que fija el artículo 884 del Código de Comercio, sólo es aplicable para los intereses moratorios y no para los de plazo.

B.— Aparece luego el criterio interpretativo de INTERCOL, con fecha de 7 de enero de 1972; compartiendo el criterio de la Superintendencia señala que, el Código de Comercio nada dice sobre el interés convencional de plazo, y a falta de este límite se debe aplicar el artículo 2231 del Código Civil.

C.— En Concepto OJ - 273 de agosto 8 de 1977, la Superintendencia cambia sustancialmente su criterio inicial; ahora en su criterio, el tope establecido para el moratorio convencional, es el mismo tope establecido para el remuneratorio convencional. Según la citada entidad hay lugar a la aplicación del artículo 1168 del Código de Comercio que dice a la letra: "Prohíbense los pactos que conlleven la simulación de los intereses legalmente admitidos".

Concluye la Superintendencia señalando que, mal podría pensarse que la ley limite el convenio de intereses moratorios, y en cambio admita para los remuneratorios un monto superior al previsto para la pena correspondiente.

En este criterio se olvida la Superbancaria, de su razonamiento inicial del año 1972, su interpretación analógica que daba lugar a la aplicación de la ley civil y concluye que el interés convencional de plazo, tiene como límite el doble del interés bancario corriente, es decir, el mismo límite que tiene el interés moratorio convencional; para el momento actual es del 36% anual.

D.— Se presenta en el año de 1981, mes de mayo, la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, donde se quiso, al parecer, interpretar los preceptos del Código de Comercio en materia de intereses, pero estimamos que dicho empeño se quedó en la mitad. Señala la H. Corte lo siguiente: “En el sistema de Derecho Mercantil Colombiano, no es posible pactar como tasa de intereses convencionales de plazo, una que exceda al doble del interés corriente bancario”. Continúa más adelante: “. . . pero como no existe expresa prohibición de hacerlo, entonces los intereses remuneratorios que excedan de ese límite, deben ser fijados por el juez, al doble del interés bancario corriente”. (1)

Se acerca la Corte al segundo criterio de la Superbancaria, y la sanción que aplica para el convenio que exceda ese límite, sería la reducción. No considera la posibilidad de aplicación analógica con la legislación civil.

E.— Como otro criterio más, tenemos el salvamento de Voto, que sobre la comentada sentencia, presenta el Dr. José María Esguerra Samper, el cual se va a otro extremo. Señala el H. Magistrado que, el tope máximo para que las partes acuerden intereses de plazo, no puede exceder del interés bancario corriente, es decir, en estos momentos del 18% anual; y además, agrega sobre la sanción para quien sobrepase ese límite, la cual sería la pérdida total de intereses. Su fundamento es el tenor literal del mismo artículo 884, cuando dice: “. . . en cuanto sobrepase de cualquiera de estos montos, se perderán todos los intereses”. Señala el Magistrado en su inteligente concepto, el texto se refiere a aquellos intereses que él mismo señala, es decir, a los intereses bancarios corrientes durante el plazo o al doble de éstos en caso de mora. Agrega que, una interpretación contraria sería violar el artículo 27 del Código Civil que dispone: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

Procedamos a examinar las anteriores tesis, a fin de establecer cuál sería aceptable en nuestra opinión.

A la primera tesis de la Superbancaria, apoyada por el concepto de Intercol, podemos criticarle: como primera objeción, observemos como el artículo 2231 del Código Civil es mucho más amplio en cuanto a la materia que regula, que la materia sobre la cual se predica el vacío en el Código de Comercio. En otras palabras, el Código Civil no distingue entre interés de plazo e interés de mora; se refiere indistintamente en su artículo 2231 al interés convencional. Por su parte el Código de Comercio, si admitiéramos un vacío se centraría solamente frente al límite del interés convencional del plazo. Esto nos llevaría, por amplitud conceptual, a excluir la aplicación analógica. Como segunda objeción, en el supuesto de que admitiéramos el vacío en la legislación mercantil, y la procedencia de la aplicación de la norma civil, no sería aplicable en virtud del artículo 8 de la ley

153 de 1887 como pretende la referida entidad, es decir, en nuestra opinión no hay lugar a la aplicación analógica, bastaría acudir al artículo 822 del Código de Comercio, norma que hace una remisión expresa a la legislación civil. En virtud de ella, las normas del Código Civil sobre formación de los actos jurídicos, su prueba, sus efectos, etc., hacen parte del Código de Comercio, salvo disposición contraria, sin acudir a la citada ley de 1887.

Referente al segundo criterio de la Superbancaria, prácticamente, el mismo de la Honorable Corte Suprema de Justicia, tampoco es de recibo, por dos razones: La primera razón es la siguiente: Es evidente la deficiente redacción de la segunda parte del artículo 884 del Código de Comercio, razón por la cual, la norma se presenta como un arma de dos filos (para utilizar la metáfora del Dr. Miguel Moreno Jaramillo); uno de esos filos es predicar que la segunda parte de la norma solamente se está refiriendo a los intereses de mora convencionales, y esto es lo que sostiene la Superbancaria en su segundo concepto y la H. Corte Suprema de Justicia, pero ello no puede sostenerse gramaticalmente, pues en forma diáfana y clara dice el artículo: “. . . cualquiera de estos montos. . .” y los montos que trae el artículo son dos; el interés corriente y el doble de ese mismo para el caso de mora. El otro filo, sería señalar, como lo hizo el Dr. Esguerra Samper en su salvamento de voto, que la norma se refiere en su segunda parte, tanto a los intereses de plazo como a los de mora, y la sanción legal, para cuando la convención exceda ese límite es la pérdida de todos los intereses. Esta posición también tiene su reparo gramatical, pues luego del “;” dice la norma: “. . .; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será del doble y en cuanto sobrepase. . .”; es decir, se refirió en singular y no en plural.

Realmente, lo que ocasiona la discusión, la diversidad de criterios y tal vez la razón de conferencias como esta, fue la falta de técnica legislativa y de precisa redacción de la norma. En este punto, también criticamos el salvamento de voto, que si bien compartimos su resultado, parcialmente discrepamos de su motivación, pues afirma al comienzo una claridad en la norma, que en verdad no la tiene.

2. La segunda objeción que hacemos al criterio de la H. Corte, la realizamos sobre la conclusión a la cual llega cuando afirma textualmente: “. . . hoy los intereses remuneratorios comerciales, es decir, los de plazo, no se pueden pactar por encima del doble de los bancarios corrientes y que, por cuanto la sanción por pérdida de todos los intereses para cuando se pactan por encima del tope legal, sólo es aplicable a los moratorios y no a los de plazo, cuando estos se han convenido en suma mayor al doble de los bancarios corrientes, deben ser rebajados a ese límite y no aplicarse la sanción de pérdida que sólo está contemplada en la ley para cuando se pactan moratorios en cuantía prohibida”.

La H. Corte concluye que, la sanción no puede ser la pérdida de los intereses de plazo, sino la rebaja o reducción. Nos podemos preguntar, ¿y dónde se apoya para hablar de reducción?; ¿acaso se refiere a la reducción algún texto del Código de Comercio en materia de intereses? El texto no existe y el verbo empleado es perder y no reducir, por ello no compartimos la conclusión referida.

Para poder encontrar una interpretación lógica, ante tan controvertido artículo, debemos consultar la opinión del legislador.

Mi opinión sobre la interpretación del artículo 884 del Código de Comercio es la siguiente: Con sana lógica, el legislador no iba a distinguir entre dos cosas, intereses de plazo e intereses de mora, para abonarles el mismo efecto, el mismo límite. En derecho vale distinguir una cosa de otra, es decir, clasificar, cuando diferentes son los efectos jurídicos que se le van a asignar a lo distinguido. Un efecto para los de plazo y otro efecto distinto para los de mora, sería señalar el límite máximo para pactar los primeros en el interés corriente, y para los segundos el doble del mismo. Sostener lo contrario, sería dejar sin sanción la mora del deudor, como en la práctica se ha venido haciendo y que fue precisamente lo que quiso sancionar el legislador.

En el proyecto del Código de Comercio de 1958, el texto que no se adoptó, era claro en referirse exclusivamente a los intereses de mora, señalaba el proyecto: “. . . ; si las partes no han estipulado el interés moratorio, éste será del doce por ciento anual, y en cuanto sobrepase esta rata, quedará sujeto a reducción”.

Si el legislador hubiese querido referirse sólo al interés de mora le habría bastado transcribir el texto del proyecto, pero lo varió, indudablemente, para señalar límite a ambos tipos de interés y además, sanción de pérdida total de intereses, para el evento de sobrepasar esos límites. No existe vacío en el Código de Comercio.

Me identifico así con el resultado del salvamento de voto del Dr. Esguerra Samper. En Colombia los intereses de plazo no pueden pactarse por encima del interés corriente bancario, bajo la sanción de perder todos los intereses y me refiero al campo del derecho mercantil. ✓

No obstante nuestro criterio, es prudente reconocer los problemas que ocasiona la conclusión. Ante todo, la idea de interés corriente, nos acerca al concepto de interés promedio, y si el límite autorizado por la ley es el corriente, indudablemente se presenta un enfrentamiento conceptual. De otro lado, ello llevaría prácticamente a una congelación de tasas, pues estipular sobre el corriente es prohibido. Pero estos son problemas que ocasiona la deficiente redacción de la norma y para salvarlos sería preciso modificarla.

¿ CUAL ES EL LIMITE DE LAS PARTES PARA PACTAR INTERESES DE MORA ?

Conforme al artículo 884 del Código de Comercio, sin lugar a duda el límite para convenir intereses de mora, es el doble del interés corriente bancario.

Se plantea una discusión interesante al lado de este tema; cuando se pactan intereses de plazo inferiores al corriente bancario, como por ejemplo el 1% mensual. ¿ Se podrán pactar entonces intereses moratorios del 3% mensual ?; ¿cuál será el moratorio en el evento del silencio convencional ?

La Superintendencia Bancaria en sus conceptos OJ - 273 de agosto 8 de 1977 y OJ - 472 de 13 de diciembre de 1977, sostiene: "Si se estipulan intereses remuneratorios, el interés moratorio convencional no podrá exceder al doble de remuneratorio convenido, siempre y cuando no exceda del doble del interés bancario corriente".

La H. Corte Suprema de Justicia, en la referida Jurisprudencia adoptó el mismo criterio de la Superbancaria, al señalar: "Cuando se estipulan intereses de plazo no superiores a los bancarios corrientes y se guarda silencio sobre los moratorios, éstos serán del doble de los convencionales".

En mi opinión, se pueden pactar intereses moratorios hasta el doble del interés corriente bancario, así se supere el doble de los intereses corrientes de plazo, pues la norma no lo prohibió en ningún momento. Si las partes guardan silencio sobre el interés moratorio, será doble del interés bancario corriente y no del doble del convencional.

En materia civil, los límites establecidos por el artículo 2231, se refieren indistintamente al interés de plazo y al de mora, pues como vimos, en dicho campo no se distinguen.

III. INTERESES LEGALES

Señalamos anteriormente que son aquellos cuya tasa aparece determinada por la ley.

En materia civil se fija la tasa en un 6% anual (artículo 1617 del Código Civil) y se aplica a falta de interés convencional o de expresa autorización del interés corriente, como por ejemplo: En la mora de las obligaciones en dinero, artículo 1617; en las indemnizaciones del lucro cesante, artículo 1613 del Código Civil; en las prestaciones mutuas, artículos 964 y 1746.

En materia mercantil, se equipara el interés legal con el interés bancario corriente, según lo dispone el artículo 884, y la tasa la certifica la Superintendencia Bancaria.

Con lo observado, podemos sentar los siguientes supuestos:

1. Si las partes no estipulan interés de plazo ni de mora, en materia mercantil, el de plazo será el Bancario Corriente y el de mora, el doble del primero.
2. Si las partes estipulan interés remuneratorio y omiten estipular el de mora, éste será el doble del Bancario Corriente y no el doble del convencional de plazo.
3. Si estipulan el moratorio y no acuerdan el remuneratorio, éste será el Corriente Bancario y no la mitad del moratorio.

Estas conclusiones, en mi opinión, son las aplicaciones correctas que permite la exégesis del artículo 884 del Código de Comercio.

IV. ACUMULACION DE INTERESES MORATORIOS Y REMUNERATORIOS

Se discute si es posible acumular al mismo tiempo y por una misma obligación, intereses remuneratorios e intereses moratorios. También en este aspecto tenemos criterios encontrados.

En Concepto No. 82, de agosto 17 de 1981, la Superintendencia Bancaria sostiene lo siguiente: "Esta Superintendencia ha expuesto con toda claridad la diferencia que existe entre el interés remuneratorio y el interés moratorio, así como el monto o la oportunidad en que cada uno se hace exigible para el deudor, consideraciones éstas que nos llevan a concluir que por su propia naturaleza y por el concepto a que cada uno obedece, no es dable pensar que coexistan en el tiempo".

Este claro criterio no es compartido por otras entidades, como por ejemplo, con la opinión de la ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA, la cual señaló su desacuerdo, en el concepto que fuera publicado por el Boletín Jurídico y del Congreso" No. 461 - 7 de abril 15 de 1982, que resumo en los siguientes puntos:

a.— ". . . cuando se habla de intereses 'moratorios' siempre se estará aludiendo a una prestación debida a título sancionatorio por los deudores que han incumplido con las obligaciones por ellos asumidas y se hayan en 'mora' conforme al artículo 1608 del Código Civil. . .".

b.— ". . . tratándose de intereses llamados "remuneratorios" el antecedente causal que los explica es totalmente diferente ya que por virtud de ellos se estará retribuyendo la disponibilidad del capital que el acreedor suministra al deudor durante cierto plazo, teniendo en cuenta la natural rentabilidad que al dinero le reconoce el artículo 717 del Código Civil cuando declare que son los intereses los frutos civiles de los capitales exigibles. . .".

c.— ". . . Resumiendo, las causas de las deudas de intereses con contenido remuneratorio y con contenido moratorio son totalmente diversas, cualquier intento de asimilación acaba contrariando abiertamente la propia naturaleza de cada una de dichas prestaciones, de tal suerte que resulta confusa la expresión usada por la Superintendencia al sostener que la acumulación no cabe por cuanto no es dable pensar que coexisten en el tiempo ambos tipos de prestaciones".

d.— "Resulta evidente que no hay motivo alguno valedero que permita decir, como lo ha hecho el concepto analizado, que los intereses remuneratorios, y los intereses moratorios, no son susceptibles de ser cobrados al mismo tiempo por el acreedor. . .".

e.— ". . . En síntesis, de insistirse en esta tesis se llegaría al inadmisibles resultado, no reconocido en nuestro derecho privado por los artículos 1625 del Código Civil y 822 del Código de Comercio, de que la mora del deudor de una cantidad líquida de dinero que le facilitó a título oneroso su acreedor, es una modalidad extintiva de la deuda de intereses lucrativa, que liberaría gratuitamente al primero en pagarle al segundo los réditos convenidos para remunerar el plazo del crédito".

En mi opinión, la razón acompaña al criterio de la Superintendencia Bancaria. La discusión se plantea, a falta de clarificar cuál debe ser el contenido de los intereses remuneratorios y cuál el de los moratorios.

No tenemos solución legal. Ni el Código Civil ni el Código de Comercio señalan lo que comprende cada uno de estos tipos de interés, por ello acudiremos a la doctrina y a la Jurisprudencia. La H. Corte Suprema de Justicia sentó un criterio para llenar el contenido de los intereses ordinarios; implica los intereses de plazo, una retribución por la pérdida de la facultad de utilizar el dinero, además una prestación por el riesgo que se corre al desprenderse del dominio de ese dinero. También señaló la H. Corte una base para conocer el contenido de los intereses de mora; éstos, además de la retribución por el uso del dinero prestado y por los riesgos de la pérdida, comportan indemnización de perjuicios (Sentencia de mayo 11 de 1981).

Tenemos entonces que, los intereses de mora contienen a los intereses de plazo, por ello, los intereses de plazo, sólo se causan hasta el momento en el cual incurre en mora el deudor; a partir de este momento se causan los de mora, los cuales contienen los de plazo. Estamos de acuerdo con la Superintendencia Bancaria en su referido criterio, cuando señala la inacumulabilidad en el tiempo los intereses de mora y los ordinarios. Si se presenta acumulación, se estarían cobrando dos veces los intereses de plazo.

V. INTERESES MORATORIOS Y CLAUSULA PENAL

Antes de plantear el problema de la acumulación de intereses moratorios y cláusula penal, es procedente repasar lo que entiende nuestra legislación por la primera.

Señala el artículo 1592 del Código Civil: “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”.

Como efecto importante de la cláusula penal, tenemos la estimación anticipada de perjuicios que ella conlleva. Mediante la convención, las partes están liquidando en forma anticipada los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. El acreedor queda liberado de la carga de probar los perjuicios que ha sufrido a causa de la inexecución o del retardo de la obligación principal.

Como norma general no es posible acumular por el acreedor, la petición del reconocimiento de la pena y de reconocimiento de la obligación principal, pero si expresamente pactan las partes que por el pago de la pena, no se entiende extinguida la obligación principal, será procedente la acumulación, como se desprende del texto del artículo 1594 del Código Civil. Es necesario el pacto expreso de las partes, en el sentido de establecer un apremio al deudor, una pena por el retardo, que no impide el cumplimiento de la obligación principal.

Como el efecto propio de la naturaleza de la cláusula penal, es la de conllevar la indemnización de perjuicios, no es posible tampoco reclamar la indemnización de perjuicios y la pena. Pero resulta que la cláusula penal puede tener otros efectos, como realizar un apremio al deudor para que cumpla bajo amenaza de pena o incluso también un efecto de garantía para el cumplimiento de la obligación principal, en estos eventos será posible acumular el cobro de la pena y de la indemnización de perjuicios, cuando expresa y claramente así se acordó. Si nada se dice, se entiende entonces, por implicar la cláusula penal evaluación anticipada de perjuicios, que el acreedor a su arbitrio podrá reclamar la pena o la indemnización de perjuicios, pero no ambas cosas.

Señala, en este sentido, el artículo 1600 del Código Civil lo siguiente: "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".

Por otro lado, observamos anteriormente, cómo el contenido del interés moratorio implica la indemnización de perjuicios por el retardo, de allí que tenemos que admitir, que en principio, no es posible acumular para el cobro la cláusula penal y los intereses moratorios; y decimos en principio, pues queda a la decisión contractual de las partes advertir que la cláusula penal, no tiene una función de evaluación anticipada de perjuicios ocasionados por la mora del deudor, sino señalar que su función es meramente punitiva o de apremio. De hacerlo así, perfectamente podrá el acreedor cobrar simultáneamente dicha cláusula penal e intereses moratorios, pero tal manifestación debe ser expresa, porque no siendo así, se presumirá que la cláusula penal tiene como función la estimación anticipada de perjuicios.

Si simplemente la cláusula penal, es evaluación anticipada de perjuicios, el acreedor tendrá que decidir, si reclama ésta o si cobra los intereses moratorios, en ambos casos estará liberado de probar que sufrió perjuicios y su cuantía, no puede el deudor alegar que no sufrió perjuicios al acreedor o que alcanzaron menor cuantía.

Con el mismo criterio expuesto, se ha venido pronunciando la Superintendencia Bancaria desde mayo 26 de 1977, cuando señaló: "Tanto la cláusula penal como los intereses moratorios obedecen a una misma filosofía consistente en sancionar al deudor que incumple con sus obligaciones; y las diferencias entre dichas figuras obedecen más a razones de forma que de fondo; por lo tanto es incompatible la coexistencia de dichas figuras puesto que con ella se estaría dando lugar a sancionar doblemente por un mismo acto". "... Tal evento sólo sería posible (el de cobrar la cláusula penal y los intereses moratorios) en el caso en que se hubiere estipulado entre los contratantes que la cláusula penal tiene tan solo la función de apremio al deudor, pues como ya lo vimos tal intención debe pactarse expresamente ya que de no decir nada, la ley entiende que su función es la de indemnizar por la mora y por tanto el deudor tan solo estará obligado a pagar la cuantía en que ella se hubiere estipulado".

Para concluir, es procedente advertir, que la cláusula penal, cualquiera que fuere su efecto, se encuentra sometida a la facultad judicial de moderación, cuando ocurra un pacto exagerado de las mismas que rompa el equilibrio prestacional. Los artículos 867 del Código de Comercio y 1601 del Código Civil son el fundamento para las reducciones.

VI. INTERESES CORRIENTES

Señalamos en un comienzo: son aquellos que se cobran en una plaza determinada durante un tiempo determinado.

En materia civil hay lugar a cobrar estos intereses, cuando la ley autorice su cobro, o cuando así lo acuerden las partes, es decir, estipulen un interés convencional cuya tasa la remitan al interés corriente (artículo 1617 del C. Civil, No. 1).

En materia mercantil, encontramos que se autoriza el interés remuneratorio corriente o corriente bancario, por ejemplo en los siguientes casos:

- A— Suministros y ventas al fiado (artículo 885 del Código de Comercio).
- B— En el mutuo (artículo 1163 del Código de Comercio).
- C— Cuando haya de pagarse réditos de un capital sin que se especifique el interés (artículo 884 de la misma obra)

¿ QUIEN PUEDE FIJAR EL INTERES CORRIENTE Y QUIEN PUEDE CERTIFICARLO ?

El artículo 884 del Código de Comercio señaló en su inciso final que, el interés bancario corriente se probaría por certificación de la Superintendencia Bancaria.

Por otro lado, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 191, señaló que el interés corriente bancario se probará con: 1— Certificado de la Superbancaria, quien lo fijará anualmente, o, 2— Con informes de los Bancos, del cual trata el artículo 278 del mismo Código de Procedimiento Civil, o, 3— Con copia de las resoluciones de la Junta Monetaria respecto de operaciones que ésta regule.

Evidentemente, son más las posibilidades de prueba que admite el Código de Procedimiento Civil, a las cuales se puede acudir, cuando se trata de un negocio de carácter civil; pero, ¿podrá acudirse a estos otros medios de prueba cuando se trata de acreditar intereses originados en un negocio mercantil? Consideramos que la respuesta es negativa, porque el Código de Comercio sólo admitió la posibilidad probatoria basada en la certificación de la Superintendencia Bancaria y expresamente el artículo 822 del Código de Comercio en su parte final excluye la aplicación del Código de Procedimiento Civil a esta materia.

Tenemos por tanto, que el campo de acción de la Superbancaria no consiste

en aprobar o improbar tasa de interés, ni de fijar las tasas de interés, sino simplemente certificar esas tasas que cobran los bancos o que se cobran en una plaza en un momento determinado.

En este sentido debe interpretarse la expresión del artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, cuando contradictoriamente habla de certificar y de fijar, como atribución de la Superbancaria. El enunciado inicial es certificar, y de tal manera debe entenderse la función del ente estatal.

La certificación que dé la Superbancaria tiene que corresponder al hecho de lo que cobran los bancos o de lo que se cobra en plaza. Si no es así, y si llegado el caso se certifica una tasa distinta a aquella que en verdad se está cobrando, serían procedentes los recursos por la vía contencioso administrativa, tendentes a anular el acto.

La superintendencia carece de función para fijar libremente dicho interés.

Desde la Resolución No. 290 de 1972, la Superintendencia Bancaria identificó el interés corriente civil, el corriente comercial y el corriente bancario, que además es el legal comercial, sin perjuicio de la subsistencia del interés legal civil, señalado en el 6^o/o anual.

En cambio, en virtud del Decreto 2.206 de 1963, la Junta Monetaria sí tiene atribuciones para determinar "las tasas máximas de interés o descuento que los establecimientos de crédito pueden cobrar a su clientela sobre todas las operaciones activas".

De acuerdo con su función, la Junta Monetaria señaló que las obligaciones bancarias admisibles al redescuento para la utilización del cupo ordinario en el Banco de la República no pueden tener intereses estipulados a una tasa superior al 18^o/o anual.

Con fundamento en lo anterior y además aduciendo que las tasas de interés, hoy se encuentran dispersas en el mercado, tanto en la contratación civil como en la mercantil, viene certificando la Superintendencia Bancaria, una tasa de interés corriente bancario y de plaza en el 18^o/o anual.

Dos comentarios merece esta situación:

A. Como primera observación, podemos señalar cómo la actividad bancaria, no actúa con una tasa única de interés, por el contrario, según la clase de operación, la destinación del crédito, las garantías, etc., se presentan varias clases de tasas de interés. Por esta razón nada se opondría a pensar en varias tasas de interés bancario corriente, sin embargo, la Superintendencia no ha aceptado el criterio y solamente certifica una tasa.

B. La segunda observación que hacemos, consiste en señalar, cómo en nuestra opinión, la Superbancaria no está certificando lo que es y por tal razón, es que

ahora se quiere inferir de la ley, lo que en verdad no dice. En el año 1976, la Asociación Bancaria Colombiana advertía, como el interés corriente bancario por esa época, obedecía a una tasa del 19% anual. Ahora son sorprendentes los datos que arrojan los medios de comunicación, sobre las tasas promedio que cobran los bancos.

De otro lado, es oportuno señalar como la misma Superintendencia Bancaria, certifica una cosa, para los efectos del Código Civil y el Código de Comercio y otra para los efectos del Código Penal. Así tenemos, una certificación para el interés de Usura, delito consagrado en el artículo 235 del Código Penal, y por medio de la Resolución 1768 de 1981, se certificó que el interés que están cobrando los bancos desde el mes de febrero de 1981 por los créditos ordinarios de libre asignación es del 32% anual.

También dentro de este mismo tema, es procedente observar, como el Presidente de la República, con fundamento en el artículo 120, No. 14 de la Constitución Nacional, tiene facultad para señalar la tasa de interés corriente, por la vía de reglamentación autónoma.

Sobre el aspecto probatorio de la tasa de interés, también se presenta una argumentación interesante, y la cual es muy razonable, sobre todo cuando se trate de aplicar la tasa actualmente vigente. Si una Resolución de la Superbancaria, como la actualmente vigente, No. 4037 de julio 24 de 1981, es una norma de carácter nacional, de vinculación heterónoma, debidamente promulgada y publicada en el Diario Oficial, la cual debe conocer el Juez. ¿Será indispensable aportarla como prueba de un proceso?

Para concluir este punto y para evitar confusiones, es conveniente examinar el alcance del precepto contenido en el artículo 442, No. 11, sobre el proceso verbal, en el Código de Procedimiento Civil. Dice el numeral que, se somete al trámite del proceso verbal la "reducción de los intereses pactados, o fijación de los intereses corrientes, . . .". No se trata de ninguna manera de realizar por el trámite del proceso verbal, lo que según la ley le corresponde certificar a la Superbancaria. Se trata de un trámite para aplicar la reducción planteada por el artículo 2231 del Código Civil, o para el límite que establece el artículo 1601 en el mutuo Civil, etc.

VII. SIMULACION DE INTERESES

El artículo 1168 del Código de Comercio dispone: "Prohíbese los pactos que conlleven la simulación de intereses legalmente admitidos".

Nos lleva el precepto a detenernos en dos situaciones importantes que se vienen presentando en nuestro medio:

A— Qué sucede con esos conceptos que vienen cobrando algunos establecimientos de crédito, bajo los títulos "Administración del crédito", "Manejo de cartera vencida", "Gastos de papelería y computador", etc.

B— Qué trascendencia tiene el concepto de interés efectivo.

Referente al primer punto en cuestión, podemos afirmar, como el interés moratorio cubre los gastos y las eventualidades que corre el acreedor con ocasión de la mora del deudor, por tanto cobrar conceptos, como "manejo de cartera vencida", que además se ha convertido en usanza, agregarlo en forma de porcentaje mensual, equivale a remontar el mismo interés moratorio. Por tal razón, lo que se cobre por ese concepto y similares, debe agregarse al interés moratorio, para efectos de establecer si se rebasan los límites que para el mismo estableció el artículo 884 del Código de Comercio. Si el interés moratorio, unido a lo que se cobre por conceptos de tal naturaleza, rebasan los límites impuestos al primero, deberá darse aplicación a la sanción contemplada en la ley, es decir, a la pérdida total de intereses. Estas formas, son simple y llanamente, ingeniosas maneras de violar el precepto contenido en el artículo 1168 que comentamos. En este mismo sentido se pronunció la Superbancaria en su concepto No. 97 de 1981.

Sobre el segundo cuestionamiento, podemos decir que es conocida la modalidad bancaria de cobrar intereses anticipados, por meses, bimestres, trimestres, etc. Nos lleva esta situación a preguntarnos cuál es entonces el interés efectivo que cobran los Bancos y demás entidades de crédito.

Incluso en las agendas aparecen con precisión matemática, las conocidas tablas de interés efectivo. Observando cualquiera de ellas, podemos ubicarnos en la tasa de interés nominal anual del 36% por ejemplo; así veremos que, aplicando el interés por mensualidad anticipada, el interés efectivo que en realidad se estaría cobrando sería del 44.12%; y si es por bimestre anticipado, el interés efectivo tendría una tasa del 44.95% y de cobrarse trimestre anticipado, la tasa quedaría en 45.83% efectiva.

En mi opinión, no se trata de otra cosa que estar desatendiendo la prohibición contenida en los artículos 884 y 1168 del Código de Comercio, razón por la cual deben deducirse las sanciones respectivas.

VIII. ANATOCISMO O INTERES COMPUESTO

Para concluir el tema que nos hemos propuesto, es procedente resaltar las innovaciones del Derecho Comercial en este campo.

Mientras el Código Civil dispone expresamente la prohibición de estipular intereses de intereses (artículo 2235 del Código Civil), el Código de Comercio los admite, en ciertas eventualidades consignadas en el artículo 886 cuando señala: "Los intereses pendientes no producen intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos".

Son claros los presupuestos exigidos para la procedencia del interés compuesto, deben ser solicitados por el deudor en la demanda, o acordados con posterioridad

al vencimiento, en ambos casos siempre que se deban con un año de anterioridad al menos.

Situación de interpretación se presentaría frente a un supuesto de casuística. Si no tiene un año la obligación, es obvio que el deudor demandará y no podrá en ella pedir intereses de intereses, pero si a causa de la dilación normal del pleito, transcurre la anualidad, en nuestra opinión, perfectamente puede solicitar la liquidación de intereses sobre intereses.