	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 13

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS CIVILES EN COLOMBIA

JOSÉ DANIEL BOLÍVAR VÉLEZ
 ESTUDIANTE DERECHO
 bolívar.consultorialegal@gmail.com

Resumen: El derecho civil está fundado sobre el cimiento de la voluntad de los particulares en sus actuaciones, voluntad manifiesta en negocios jurídicos, tal y como los contratos. Una de las figuras más usadas en dichos contratos es la cláusula penal, una institución comúnmente utilizada, en veces como una tasación anticipada de perjuicios, o bien como una sanción por el incumplimiento o una garantía de la obligación. El presente artículo pretende establecer, desde la panorámica jurisprudencial y doctrinal, cual es la verdadera naturaleza jurídica de esta institución, con el fin de esbozar sus alcances y límites en el derecho civil colombiano.

Palabras Clave: Voluntad, contrato, cláusula penal, sanción, indemnización, garantía, obligación.


Abstract: Civil law is based on people's will on their doings, their will showed in law business, and also contracts. One of the most used forms in contracts is the penal clause, this is an institution frequently used, sometimes as a previous assessment of injures, or as a penalty for failure or as an obligation guaranty as well. This article aims to set, from the jurisprudence and the doctrine, which is the real legal nature of this institution, with the purpose to rough out its limits in Colombian civil law.

Key Words: Will, contract, penal clause, penalty, indemnification, guaranty, obligation.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones más usadas en los contratos civiles en Colombia es la denominada cláusula penal, contenida en el artículo 1592 del Código Civil, el cual establece que: “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”

(Congreso de la República de Colombia, 2010). De una lectura de este artículo, se podría interpretar que la cláusula penal puede asumirse como una garantía de la obligación principal, como una sanción por el incumplimiento o como una tasación anticipada de los perjuicios. En el presente artículo se presenta una aproximación epistemológica y doctrinal a partir de las teorías de juristas como Ospina Fernández, Valencia Zea, Sanz Viola, entre otros, así como un análisis

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 2 de 13

jurisprudencial a partir de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en torno a esta institución, a fin de establecer la verdadera naturaleza jurídica de esta figura y los consecuentes efectos que, en virtud de su naturaleza, tiene esta en el desarrollo de las relaciones jurídicas del orden privado en Colombia.

El establecimiento de la naturaleza jurídica de la cláusula penal, más allá de ser un asunto meramente académico, permitirá a los estudiosos del derecho, juristas, abogados y demás interesados en el ejercicio del derecho, estructurar de manera más efectiva los límites y alcances de esta institución en el marco de los litigios en torno a ella, permitirá comprender las ventajas o no de pactar esta cláusula al momento de realizar un contrato o de inclinarse por figuras similares con las que en este artículo se coteja tal institución; para lo cual se expone, a continuación, en primer lugar una breve aproximación teórica a los contratos, luego se propone el concepto de la cláusula penal, su origen y sus características, como antesala a la presentación de la dicotomía genética de esta, las principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales, se exponen algunos elementos esenciales del derecho comparado para llegar, al término de este, a proponer una respuesta a la pregunta motivadora.

2. APROXIMACIÓN A LOS CONTRATOS

El derecho privado ha sido, desde sus orígenes en Roma, preferentemente consuetudinario en el sentido que se rige, en primera medida, por la voluntad de las

partes, de tal suerte que la ley establece los límites entre los que estas partes pueden desenvolverse, así como determina los medios para la solución de los conflictos que de sus desavenencias surjan. Desde esa perspectiva de autonomía, los acuerdos jurídicos que se suscitan entre las partes, resultan ser ley para ellas, tal y como lo establece el principio *Pacta Sunt Servanda*, que traduce literalmente “lo pactado obliga”. Es por esta razón que una de las principales fuentes formales y materiales de las obligaciones son los contratos.

En este sentido, es importante entonces conceptualizar el término de obligación, en tanto que será este concepto el que demarcará el discurrir discursivo de este opúsculo en tanto que la función principal del contrato es, como se expresó en el acápite anterior, crear obligaciones entre las partes que lo suscriben.

Si bien en principio se hizo alusión al derecho romano como génesis de nuestro ordenamiento jurídico, parece entonces apenas lógico comenzar con la definición que el derecho romano presenta de obligación, definición que emana del jurisconsulto Justiniano, citado por Ortega Carrillo, “la obligación es el vínculo jurídico que nos apremia o constrañe a pagar a otro alguna cosa” (Ortega Carrillo, 1999).

Ahora bien, una definición más técnica de obligación es la expuesta por el jurista Español Arias Ramos, quien la define como “una relación jurídica en virtud de la cual una persona (acreedor) tiene la facultad de exigir de otra (deudor) un determinado

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 13

comportamiento positivo o negativo (prestación), la responsabilidad de cuyo cumplimiento afectará, en último término, a su patrimonio" (Arias Ramos, 1997).

La obligación es, pues, la relación de sujeción de un sujeto (deudor) en virtud de la cual debe a otro, denominado acreedor, una prestación determinada, que puede surgir, ya sea de una relación jurídica lícita –como los contratos o los cuasicontratos– o ya producto de un ilícito como en los delitos o contravenciones, o bien por disposición de la ley, tal y como lo establece el artículo 1494 del código civil: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas; o bien un hecho voluntario de la persona que se obliga, o también a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; o por expresa disposición de la ley, tal y como sucede entre los padres y los hijos de familia” (Congreso de la República de Colombia, 2010).

Los contratos, como fuente de las obligaciones, son entonces acuerdo de voluntades, dispuestos de manera clara e inequívoca entre al menos dos partes para obligarse entre sí; estos contratos se construyen de manera técnica, incluyendo de la manera más detallada posible, los términos en los que las partes acuerdan obligarse e incluso los mecanismos por los cuales se dirimirán los litigios que, en virtud de este, se surtan.

En la legislación civil, el artículo 1592 hace referencia a una cláusula contenida en ciertos contratos civiles y la cual constituye el objeto central de este

escrutinio, denominada cláusula penal, establece:

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. (Op. Cit. Pág 2).

Esta cláusula, cuya naturaleza resulta incierta en tanto que podría pensarse, como se dijo anteriormente, como una garantía, en tanto que tiene, por designación literal, la intención de garantizar el cumplimiento de la obligación pactada; pero cuya intención se ve desvanecida en virtud de las características de las garantías que la ley consagra, bien sea reales o personales, con todo que en ninguna de estas categorías encuadra la figura de la cláusula penal. Surge entonces la idea de que esta institución es una sanción, puesto que desde su nominación legal se presume una pena, sin embargo tampoco se acomoda de manera adecuada a esta idea, en virtud de las características de una sanción frente a las propias de esta figura, por último, entonces, podría colegirse que esta figura obedece a una tasación anticipada de perjuicios, en tanto que busca resarcir un daño causado por el incumplimiento de una obligación principal, pero tal idea también resulta insubsistente de tal suerte que se contrapone a la teoría general del daño civil. Es por lo anterior que, antes de pretender establecer la naturaleza jurídica de esta figura, se propone analizar sus orígenes y características, a fin de comprender de manera más panorámica la

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 4 de 13

institución y develar con ello el espíritu que trae incita.

3. LA CLÁUSULA PENAL

El derecho romano es fuente histórica, material y axiológica del ordenamiento jurídico colombiano; resulta inoperante pretender estudiar el derecho civil sin acercarse primero a las instituciones del derecho romano, y es que nadie como los romanos analizó, interpretó y reguló las conductas cotidianas de sus compatriotas y fueron sus soluciones a los asuntos más álgidos las que formaron con el paso de los años el derecho civil.

El Derecho Civil o *ius civile* se cifra, según Carlos Medellín, “en un conjunto de normas consuetudinarias de carácter rígido, formalista y simple y sobre la ley de las Doce Tablas. La actividad jurisprudencial llega a tal punto, que los mismos romanos identifican el *us civile* con la interpretación” (Medellín, 2000).

La cláusula penal, al igual que la mayoría de instituciones del derecho civil halla su origen en el derecho romano. Para el caso particular, su génesis se encuentra en la figura de la *Stipulatio Poenae*, la cual, según el jurista Alterini: “La *Stipulatio Poenae* sirvió primeramente para compeler al deudor en obligaciones que eran consideradas insusceptibles de ejecución forzada, y para pasar de alto el criterio que inhibía al juez de fijar el monto indemnizatorio cuando la obligación no consistiera en dar sumas de dinero” (Alterini, 1998).


En tanto la naturaleza jurídica de la cláusula penal romana o *Stipulatio*

Poenae, esta obedecía a una tasación anticipada de perjuicios cuando estos no eran fácilmente calculables por el juez, de tal suerte que Petit, en su tratado de derecho romano, arguye que esta figura tiene por objeto obligar al deudor a pagar una suma que compense por la no efectución de la obligación principal al momento del vencimiento (Petit, 1990).

Pues bien, ante una primera idea sobre la naturaleza jurídica de esta figura, al menos desde la concepción histórica, es pertinente exponer algunas características propias de la misma como prefacio al análisis del asunto neurálgico de este artículo; en este sentido, lo primero que debe establecerse es que la cláusula penal es una figura muy utilizada en la elaboración de contratos civiles en Colombia y se observa desde tres puntos de vista, para lo cual la doctrina no es unánime, bien se puede ver como garantía, bien como sanción o como tasación anticipada de los perjuicios, con todo ello, esta figura es utilizada comúnmente para, de alguna forma, garantizar el cumplimiento del mismo.

En un contrato cualquiera, es posible pactar de forma expresa una cláusula penal que deberá cumplir quien incumpla el contrato o algunas condiciones allí pactadas, situación que se espera sirva como garante del cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

Al realizar un análisis doctrinal de la cláusula penal y sin menoscabo de la acepción tradicional y del contenido práctico de esta figura en el texto del contrato principal genético de esta, puede establecerse que la cláusula penal no es

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 5 de 13

propriadamente una cláusula contractual, sino, como ha reconocido la doctrina contemporánea, es en sí misma un propio contrato, cuya finalidad es establecer una prestación de cargo de quien incumpla la obligación principal.

La cláusula penal, no obstante las denominaciones legales, reconoce para sí tres funciones que justifican esta institución, en primer lugar la cláusula penal tiene una función garantizadora pues su vocación es asegurar el cumplimiento de la obligación principal; en segundo lugar, tiene una función compensatoria o indemnizatoria en tanto que se considera una tasación anticipada de los perjuicios generados por el incumplimiento de la obligación principal; y por último, tiene una función punitiva en tanto que se considera una pena contemplativa que debe sufrir el deudor incumplidor por el daño generado al afectado.

En conclusión, puede entonces predicarse que la cláusula penal es un contrato, aunque pueda pactarse simultáneamente en el mismo contrato que genera la obligación principal. Lo es por cuanto llena todos los requisitos para satisfacer esta categoría jurídica: es un acuerdo de voluntades que produce obligaciones, según el artículo 1495 del Código Civil.

Además de lo anterior, puede predicarse en relación con la autonomía contractual o la accesoriedad de la cláusula penal, que esta es relativamente autónoma del contrato principal en tanto que se trata de una forma de contrato accesorio, de tal suerte que no puede


subsistir después de extinguida la obligación principal.

Con esto que la cláusula penal se asemeja a los contratos de garantía como la prenda, la hipoteca en tanto que comparte con ellos el mismo espíritu normativo, el cumplimiento de la obligación principal, erigiéndose entonces esta figura como una garantía personal de la obligación que genera una sanción – llamada originalmente así– para quien falte a la obligación genética o principal.

Sin embargo, sigue generándose un manto de duda sobre la naturaleza jurídica de la cláusula penal, en tanto que desde su nominación legal y su tratamiento, pareciera que se tratara de una sanción impuesta a un deudor por el incumplimiento de una obligación contraída en un pacto contractual, mas se equipara en algunas de sus prerrogativas a una indemnización por los perjuicios que con el incumplimiento se han generado, por lo que se hace pertinente hacer una pesquisa más detallada sobre cada uno de los elementos constitutivos de la cláusula penal, así como de sus principales características.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA DOCTRINA

Cuando se hace una lectura detallada del ya citado artículo 1592 del Código, este comienza rezando que: “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación [...]” (Congreso de la República de Colombia, 2010) se colegiría, a priori, que la naturaleza jurídica de la cláusula penal es

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 6 de 13

de carácter garantista, es decir, se asume esta figura como una garantía para el cumplimiento de la obligación principal.

Sin embargo, a la luz de una facción de la doctrina, la naturaleza jurídica de dicha figura dista de la característica de garantía, toda vez que no asegura verdaderamente el cumplimiento de la obligación, con todo que no menoscaba el patrimonio del deudor ni constituye la afectación del bien que asegura el crédito, como si sucede en la prenda o la fianza.

En este sentido, el mismo Ospina Fernández sostiene que la función de garantía de la cláusula penal surte verdadero efecto cuando esta está a cargo de un tercero, toda vez que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal o exigir del tercero la pena (Ospina, 1999). Por consiguiente, resulta inadecuado considerar que la redacción del tenor literal del artículo 1592 obedece estrictamente a la naturaleza jurídica que se colige, razón por la cual se incoan las hipótesis de la función sancionatoria e indemnizatoria de esta figura, sea dicho de paso, hipótesis estas que dan soporte epistémico a este opúsculo.


Si se partiere de la definición literal de las acepciones que conforman su denominación, es decir Cláusula Penal, no genera controversia la expresión cláusula, sabiendo que se trata de un texto incluido en un contrato, como ya se expuso, sin embargo en su acepción segunda, pareciera más que lógico argüir a esta figura la naturaleza sancionatoria, idea que además comparte la doctrina, bajo la batuta de autores como Pérez

Vives, quien la considera como “una pena privada conservando su fisonomía histórica de sanción. Por lo que no es dable considerarla como una indemnización a precio alzado pactada por las partes como compensación de la obligación principal; ni una garantía, como parece sugerirlo erradamente el artículo 1592 de nuestro código” (Perez Vives, 1995).

A la luz de lo explicado por la doctrina, la idea de tasación anticipada de perjuicios resulta inoperante a la luz del artículo 1599 en la que le ley sostiene que será exigible la pena estipulado sin menoscabo de la inexistencia de perjuicio alguno para el acreedor e incluso si ello le generó beneficio.

Otro argumento que la doctrina ha establecido como determinante para la conceptualización de la cláusula penal como sanción, es el hecho de estar permitido, previo acuerdo de voluntad manifiesto en el texto del contrato, el cobro de la pena y de la indemnización de perjuicios, tal y como se confirma en el texto subrayado del artículo 1600 del Código Civil:

ARTICULO 1600. <PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. 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. (Op. Cit.).

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 7 de 13

La doctrina en general ha sostenido la teoría de la cláusula penal desde la naturaleza sancionatoria, contrario censo de la jurisprudencia, que se orienta hacia la concepción de la naturaleza indemnizatoria de esta figura, sin embargo, a fin de poder llegar a una concepción más clara y proyectando la solución de la cuestión primigenia, resulta pertinente fijar la posición de la jurisprudencia, para el caso concreto, a la luz de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, lo que permitirá tener una visión más ecuménica de esta dicotomía y lograr llegar a una conclusión epistemológicamente aceptable sobre este conflicto conceptual.

5. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Como se mencionó en el acápite anterior, la jurisprudencia se contrapone a la posición general de la doctrina, en tanto que para esta la naturaleza de la cláusula penal es sancionatoria, mientras que para aquella es indemnizatoria. Para exponerlo más allá de la mera especulación, se optó por realizar un análisis de línea jurisprudencial en torno al particular y para ello se partió de la pregunta que también sustenta el contenido central de la presente indagación: ¿es la cláusula penal una sanción por el incumplimiento o una tasación anticipada por los perjuicios ocasionados por el mismo incumplimiento?


Tratándose de una tasación anticipada de perjuicios, se libera de la carga dinámica de la prueba al acreedor ya que no tiene que entrar a demostrar el daño

ocasionado por el incumplimiento, ni la necesidad de cuantificar ese daño, por lo que la figura de la cláusula penal podría adelantarse de manera más célere, por medio de proceso ejecutivo, tomando por título ejecutivo el contrato incumplido, acompañado de la prueba inequívoca del incumplimiento.

Ahora bien, si se asume como una mera sanción por el incumplimiento, el trámite se surte de manera más extensa, toda vez que se requiere un proceso declarativo en el cual el juez decreta el incumplimiento, previa litis probatoria. Sin embargo, genera mayor solvencia para el acreedor, quien pudiera (como es viable bajo ciertas circunstancias) cobrar juntamente la cláusula penal y solicitar la indemnización por los perjuicios ocasionados.

Para realizar el estudio jurisprudencial y lograr el acercamiento esperado a la posición de la Corte, se ha considerado que tal análisis debe partir según factores tales como la especificidad y la cronología, de la sentencia proferida por la sala plena de la Corte Suprema de Justicia el 27 de septiembre de 1974, con magistrado ponente el doctor Luis Sarmiento Buitrago y que se centra en la cláusula penal. En la cual se realiza una interpretación exegética del artículo 1592, como queda expuesto claramente cuando, refiriéndose sobre la constitucionalidad de la ley 155 de 1887 que reglamenta el Código Civil, en las consideraciones a propósito del particular, reza:

La cláusula penal es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 8 de 13

resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma; el calificativo de penal no significa que pertenezca al Derecho Penal, entendido como la de defensa de los intereses comunes, sino una sanción o pena civil, tendientes a garantizar los intereses particulares y limitada a una reparación exclusivamente patrimonial. El concepto de pena comprende el derecho represivo y el Derecho Privado en el que se da a través de convenciones o cláusulas para garantizar el cumplimiento de la voluntad contractual (Sentencia de Casación, 1974).

Queda claro pues que, en este caso, la Corte, si bien está en una posición muy cercana al centro nodal de la discusión, exponiendo una doble naturaleza de la cláusula penal, sí tiene una inclinación notoria hacia la concepción de la cláusula penal como una tasación anticipada de los perjuicios que pudieren ocasionarse por el incumplimiento total, parcial o cumplimiento tardío de las obligaciones principales manadas de un contrato.

Esta postura tiene gran valor vinculante, no solo por ser ella quien la expide, sino porque al momento de hacerlo cumplía con una función que en ese momento le había sido encomendada, el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia; esto hace que la fuerza vinculante de esta sentencia sea de raigambre de precedente jurisdiccional constitucional. Sin embargo, al momento de discurrir por las providencias de esta corte en lo sucesivo, especialmente en la última década, cuando la función de control de constitucionalidad pasó a

manos de otra suprema corte y donde sus alcances, sigue conservando cierto rigor en cuanto a su posición y tanto la motivación de esta como el método hermenéutico siguen basándose en los mismos postulados de relevancia del tenor literal de las palabras.

En la sentencia de expediente 4607 proferida el 23 de mayo de 1996, poco más de dos décadas luego de su pronunciamiento sobre la constitucionalidad de estas normas, la Corte sigue enfatizando en su postura tendente a reconocer el carácter garantista o indemnizatorio de la cláusula penal, como puede evidenciarse en el aparte a continuación presentado, en el que se hace una enfática defensa sobre la naturaleza de esta figura, cuando expresa:

Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 9 de 13

en cuanto tal a facilitar su exigibilidad.

Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente, tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 1996).

Como puede establecerse, si bien la Corte comienza exponiendo la naturaleza de la cláusula penal en el sentido indemnizatorio, no en vano deja abierta la opción a una interpretación más extensiva cuando expone que la finalidad de esta es la de forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en el contrato suscrito para con el acreedor; sin embargo, siempre haciendo prevalecer la noción de liquidación anticipada del valor de los perjuicios con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En suma, su posición es sostenida en el tiempo y su inclinación al polo establecido como indemnizatorio es clara; empero, sigue existiendo un manto de duda frente a su vínculo con su función sancionatoria, tal y como puede percibirse en la sentencia de referencia 68001 de 2009, en la cual, la misma Corte Suprema de Justicia, casa una sentencia en la que se solicita el pago de una cláusula penal, debidamente indexada, como perjuicios por el incumplimiento de un contrato entre los litigantes; sin menoscabo del lineamiento de la Corte sobre la naturaleza indemnizatoria de la cláusula penal, la Corte se abstuvo de aprobar la indexación de la suma adeudada en virtud del pacto entre partes que decretaba el monto exacto de la pena, entendido en su sentido literal.

Cobrar la indexación no constituye el doble cobro que restringe el artículo 1594, de tal suerte que lo que se pretende es actualizar el valor nominal del costo pactado en virtud de la conservación patrimonial del acreedor en el tiempo; sin embargo, rechazar tal postura por parte de la Corte, deja en un manto de duda la contundencia de la línea jurisprudencial antepuesta.

No es, **sin embargo**, el anterior un argumento contundente como para entender un corte en la línea y consolidar la posición jurisprudencial en torno al particular, que expone a la figura de la cláusula penal en su naturaleza indemnizatoria, entendida como la tasación anticipada, de manera consensada por las partes en el texto contractual, de los perjuicios eventualmente sufridos por cualquiera de

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 10 de 13

ellos en el evento de un incumplimiento unilateral en torno a la obligación principal contenida en dicho texto.

Resta entonces atender algunos aspectos adicionales de la cláusula penal, con los cuales se podrá exponer, a modo de corolario, la respuesta a la pregunta genética de este y de la cual ya se asoman vestigios de resolución, que podrán inclinarse a una u otra vertiente, según sea la perspectiva de quien lo interpreta.

6. ALGUNOS ASPECTOS FINALES

En primer lugar, cabe anotar que la cláusula penal, según las condiciones particulares en que haya sido pactada, puede obedecer a diferentes tipos de obligaciones y es por tanto que es plausible aproximar a una clasificación de esta figura en tres modalidades, a saber, la cláusula penal compensatoria, la cláusula penal moratoria y la cláusula penal punitiva.


En primer lugar, cuando se observa la cláusula penal compensatoria, pareciera que se aproxima en mayor medida a lo estipulado por la jurisprudencia; en este sentido, la cláusula penal representa un equivalente prestacional a la obligación principal, es decir, las partes convienen que dicha figura equivale a la obligación incumplida, con todo que cuando el deudor se haya constituido en mora, el acreedor podrá pretensionar por el cumplimiento de la obligación principal o por la ejecución de su equivalente, constitutivo de la cláusula penal con lo

que se solicita en la misma acción la resolución del contrato.

Si se realiza una lectura acuciosa del artículo 1594 del código civil, en concordancia con el artículo correspondiente a la condición resolutoria tácita de todos los contratos, se hace evidente que la cláusula penal reemplaza la no ejecución de la obligación principal; de tal suerte que reza que no puede el acreedor pedir al tiempo el cumplimiento de la obligación principal y de la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio.

Ahora bien, esta cláusula penal compensatoria tampoco puede acumularse con la reclamación por perjuicios, argumento que, sea dicho de paso, es el que enarbola la jurisprudencia, con todo que sería un pago de lo no debido ya que una es sustitutiva de la otra, salvo que se estipule de manera clara e inequívoca lo contrario por parte de los contratantes en el texto del contrato que contiene la obligación principal. Así las cosas, si las partes han estipulado dicha cláusula sin menoscabo del derecho a reclamar la indemnización, podrá en ese evento, a la luz del artículo 1600 ibídem, pretensionar de manera acumulativa la cláusula penal y la indemnización por perjuicios, pudiendo ser esta última incluso mayor que la cláusula penal pactada.

En conclusión, el objeto principal de la cláusula penal obligatoria es la reparación integral del daño causado por el incumplimiento de la obligación principal, lo que de plano resulta homónimo a la indemnización desde la

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 11 de 13

óptica de la teoría de la responsabilidad civil, con lo que se afianza una vez más la presentación jurisprudencial del carácter indemnizatorio de dicha figura.

Sea el momento de aclarar que, como estimación anticipada de los perjuicios establecido por las partes, esta obligación se impone para las partes, incluso por encima de la estimación judicial, de tal suerte que ni el acreedor podrá alegar lesiones por mayor valor del fijado, ni el deudor endilgar la inexistencia del daño, con todo que ya fue previamente aceptado por ambas partes en el momento de la celebración del contrato.

Por oposición a esta modalidad, surge entonces la cláusula penal moratoria, la cual tiene concurrencia cuando las partes pretenden con ella la reparación de los daños ocasionados por la demora en el cumplimiento de la obligación principal, cuando esta es cumplida tardíamente.

Hay que decir que, al haberse cumplido con la obligación principal de manera integral, los daños surgentes resultan sólo los constituidos por el lucro cesante, por lo que la misma Corte Suprema de Justicia ha considerado que: “Lucro o logro, del latín *lucrum*, encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo el provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es lucrativa cuando produce rendimientos a quien la ejercita” (Corte Suprema de Justicia, 1949).

Como quiera que en el caso de la cláusula penal compensatoria y la moratoria tienen como naturaleza

intrínseca el resarcimiento de daños ocasionados, bien por el incumplimiento o por el cumplimiento extemporáneo, ambas figuras continúan acomodándose en la línea jurisprudencial que sostiene para dicha figura, sin menoscabo de su modalidad, una tasación anticipada de perjuicios, posición que sigue distando de la doctrina, como puede destacarse de la apreciación de Valencia Zea & Ortiz Monsalve: “Los contratantes pueden evaluar los perjuicios anticipadamente en el momento de celebrar el contrato. Estos avalúos anticipados se denominan impropialemente cláusulas penales” (Valencia Zea A. &, 2009).

En el derecho comparado y a propósito de la posición de la doctrina y jurisprudencia española, la tratadista y jurista ibérica Ana María Sanz, quien expone:

A pesar de que la cláusula penal supone siempre alguna desventaja o perjuicio para el deudor y, precisamente de ahí viene su denominación cláusula penal, recibida la jurisprudencia romana (*Stipulatio Poenae*), esto no quiere decir que represente una verdadera función punitiva, represiva, ya que el Derecho moderno no admite las penas privadas y el *ius puniendi* queda reservado al Estado. La pena pecuniaria que estudiamos en este trabajo no es una auténtica pena privada sino simplemente una sanción, en el sentido de consecuencia de incumplimiento (Sanz Viola, 1994).

En la jurisdicción española, la figura de la cláusula penal se asume desde una perspectiva indemnizatoria, tal y como lo

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 12 de 13

sostiene la mayor parte de la jurisprudencia colombiana, perspectiva que se evidencia desde la redacción del código civil español en su artículo 1152 que reza:

En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código (Comisión General de Codificación Español, 2013).

Pareciera interminable la desavenencia entre doctrina y jurisprudencia y, aunque el derecho comparado permite tener una perspectiva de la naturaleza de esta figura en otras legislaciones, la naturaleza jurídica de esta figura, al igual que en todo el ordenamiento jurídico, debe surgir de la conciencia legislativa, es decir, debe ser el espíritu mismo de la ley y no de quienes se sirven de ella, quien ostente la naturaleza de sus instituciones, por lo que se requiere que la ley otorgue al menos un marco de interpretación para asegurar que, al momento del ejercicio judicial, se garantice lo consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley” (Asamblea Nacional Constituyente, 2009).

7. COLOFÓN

La cláusula penal es una institución del derecho privado, de origen latino, cuya función principal es la consagración de una obligación accesoria que dos partes acuerdan en medio de la elaboración de


un contrato entre sí y que nace como consecuencia de la inobservancia de la obligación principal de una de las partes en contra de la otra.

Con todo lo expuesto hasta ahora, puede entonces concluirse que, en términos generales, la cláusula penal resulta siendo, conforme a su naturaleza, una institución de carácter indemnizatorio pero que, en el evento en que las partes así lo estipulen, haciendo venia al principio de autonomía de la voluntad que impera en el derecho privado, puede además cumplir funciones más allá de su propia naturaleza, bien como garantía, bien como sanción.

No resta sino enarbolar el concepto del derecho romano en torno a esta institución que tuvo allí su origen y que hoy sigue siendo un pacto de común usanza entre los particulares para proteger sus intereses, “La *Stipulatio Poenae* es la promesa de verificar una prestación –por lo general una suma de dinero- en el caso de incumplir una obligación” (Iglesias, 2008) y con ello destacar que el derecho privado, más allá de sus instituciones, se fundamenta en la voluntad de sus actores y la solidez de su propia voluntad de obligarse y cumplir con lo pactado.

REFERENCIAS

- Alterini, A. A. (1998). *Derecho de las obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Arias Ramos, J. (1997). *Derecho Romano: Obligaciones, sucesiones y familia. Vol II*.

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 13 de 13

Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

Asamblea Nacional Constituyente. (2009). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá : Leyer.

Comisión General de Codificación Español. (2013). *Código Civil Español*. Madrid: Civitas.

Congreso de la República de Colombia. (2010). *Código Civil Colombiano Anotado*. Bogotá: Leyer.

Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia 3 de agosto de 1949).

Iglesias, J. (2008). *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*. Barcelona: Ariel.

Medellín, C. (2000). *Lecciones de derecho Romano*. Bogotá: Temis.

Ortega Carrillo, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Promotora Cultural Madrileña.

Ospina, G. (1999). *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: TEMIS.

Perez Vives, Á. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.

Petit, E. (1990). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros.

Sanz Viola, A. M. (1994). *La Cláusula penal en el Código Civil*. Madrid: Profitécnicas.

Sentencia Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia Abril de 1996).

Sentencia de Casación (Corte Suprema de Justicia 27 de septiembre de 1974).

Valencia Zea, A. &. (2009). *Derecho Civil de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.

Artículo realizado por José Daniel Bolívar Vélez, aspirante al título de Abogado de la facultad de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, técnico en administración de recursos bibliotecarios y docente del área de español y literatura en el grado quinto del Colegio Bilingüe Gimnasio Los Alcázares.