

La característica de inmutabilidad de la cláusula penal y sus excepciones en el derecho privado colombiano*

The Characteristic of Immutability of the Penalty Clause and its Exceptions in Colombian Private Law

Diego Alexander Berbessi Fernández^a Universidad
Externado de Colombia, Colombia ORCID:
<https://orcid.org/0009-0008-2580-7878>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj73.cicp>

Recibido: 02 noviembre 2023

Aceptado: 15 junio 2024

Publicado: 01 septiembre 2024

Resumen:

La cláusula penal es una estipulación contractual *sui generis* que tiene un origen convencional y ha sido reconocida como una autotutela privada de los intereses de las partes que suple la función judicial. Como tal, en principio, los contratantes están obligados a respetarla y cumplirla en los términos que se haya pactado, dado el principio de fuerza obligatoria de los contratos. Sin embargo, la ley misma reconoce ciertas excepciones en las que el valor pactado como cláusula penal puede ser modificado. Este trabajo recoge un análisis legal y doctrinal del carácter inmutable de la cláusula penal en el derecho privado colombiano y, así mismo, el cómo ha sido recogido y delimitado por la jurisprudencia este tópico que muchas controversias causa en la práctica judicial.

Palabras clave: cláusula penal, reducción de la cláusula penal, cumplimiento parcial, cláusula penal enorme, indexación.

Abstract:

The penalty clause is a *sui generis* contractual stipulation that has a conventional origin and has been recognized as a private self-protection of the interests of the parties that supplies the judicial function. As such, in principle the contracting parties are obligated to respect it and comply with it in the terms that have been agreed given the principle of binding force of contracts. However, the law itself recognizes certain exceptions in which the value agreed as a penalty clause can be modified. This work includes a legal and doctrinal analysis of the immutable nature of the penal clause in Colombian private law and, likewise, how this topic that causes many controversies in judicial practice has been collected and delimited by jurisprudence.

Keywords: Penalty Clause, Reduction of the Penalty Clause, Partial Compliance, Huge Penalty Clause, Indexation.

Introducción

La cláusula penal es una figura que se encuentra estipulada en el artículo 1592 del Código Civil.¹ En torno a esta figura se ha discutido ampliamente en nuestro ordenamiento cuál es su función dentro de un contrato. Así, se han planteado distintas posiciones en la doctrina y en la jurisprudencia que tratan de dilucidar cuál es la verdadera naturaleza de esta estipulación contractual de recurrente uso en la práctica negocial.

Por una parte, están quienes afirman que la figura de la cláusula penal tiene una fisonomía eminentemente sancionatoria.² Así mismo, están quienes argumentan que la cláusula debe ser siempre vista como una estimación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento hecha por las partes.³ Jurisprudencialmente,⁴ incluso se ha dicho que la cláusula penal tiene una naturaleza única de garantía accesoria, pues el artículo 1592 estipula que esta tiene por objeto “asegurar el cumplimiento de la obligación principal”.

Pues bien, lo cierto es que actualmente, la posición mayoritaria en la jurisprudencia⁵ es que la cláusula penal no debe ser identificada exclusivamente a ninguna de las funciones anteriormente descritas, sino que, por el contrario, la cláusula penal es una figura con una naturaleza *sui generis*, toda vez que la misma puede cumplir con distintas funciones atendiendo a los intereses de las partes —tesis de la polifuncionalidad—. Así las cosas,

la cláusula penal puede servir de apremio al deudor, como una estimación anticipada de perjuicios o bien de garantía o caución acorde con los intereses de los contratantes.

A pesar de lo anterior, es igualmente cierto que se le ha dado mayor prevalencia la función indemnizatoria de la cláusula penal, lo cual se puede explicar en que desde sus orígenes en la *stipulatio poenae* en el derecho romano hasta el día de hoy es la funcionalidad que ha tenido mayor influencia en el desarrollo de esta institución jurídica.⁶ Tanto es así que en ordenamientos como el francés la conciben como función única de la cláusula penal.⁷ Así mismo, la jurisprudencia nacional ha dicho que en caso de las partes no expresen lo contrario o cuando existieren dudas sobre cómo debe ser interpretada la cláusula penal, debe prevalecer su carácter indemnizatorio.⁸

En efecto, la jurisprudencia ha entendido que la cláusula penal supone en las obligaciones una valoración previa que las partes hacen del perjuicio y una declaración antelada de que estos efectivamente existirán.⁹ Ahora bien, hay que poner de presente que la penalidad que las partes hubieren pactado no siempre será efectivamente el monto que ellas juzguen como eventuales daños y perjuicios, pues la cláusula penal también puede estipularse, en aras de cumplir otras funciones propias de ella, en un monto mayor e incluso menor que el previsto para efectos del incumplimiento.¹⁰

De lo anterior se desprenden dos precisiones necesarias:

1. En primer lugar, no es del todo correcto afirmar que el monto que las partes pacten como estimación anticipada de perjuicios correspondan a los que efectivamente se van a causar. Así lo deja también entrever la regla traída por el Código Civil en su artículo 1600,¹¹ según el cual está al arbitrio del acreedor en cualquier caso pedir la pena o la indemnización de perjuicios.
2. En segunda medida, la función indemnizatoria de la cláusula penal no es esencial a esta (como no lo es ninguna de ellas), pues el resarcimiento únicamente tiene lugar cuando el incumplimiento haya causado un daño al acreedor.¹² No se puede entender que la cláusula penal, *per se*, tenga la virtualidad de ser indemnizatoria, pues, si así se admitiera, habría que decir igualmente que todo incumplimiento por parte del deudor ocasiona daños y perjuicios, lo cual no sucede en todos los casos.¹³

Por otra parte, se ha reconocido que la estipulación de una cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios apareja para el acreedor varias ventajas dentro del contrato. En efecto, la estipulación de una cláusula penal apareja la exoneración de tener que probar la existencia de perjuicios producto del incumplimiento y la cuantía de estos,¹⁴ pues la pena supone su valoración convencional previa hecha por las partes,¹⁵ lo que hace que los perjuicios se presuman de derecho, lo cual encuentra consagración en el artículo 1599 del Código Civil.¹⁶

En alguna ocasión, la jurisprudencia¹⁷ ha dicho que la cláusula penal libera al acreedor de probar la culpa del deudor, pues comoquiera que el incumplimiento de la obligación principal es presupuesto para la exigibilidad de la cláusula penal, ello hace presumir la culpa del deudor, por lo que el acreedor se libera de la carga de probarla. Sin embargo, hay que aclarar que no es del pacto de la cláusula penal en un contrato de lo que emerge la ventaja para el acreedor de no tener que probar la culpa del deudor, sino que es producto de la presunción de culpa existente en materia de responsabilidad contractual, que surge a partir del artículo 1604 del Código Civil, cuando dispone que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.

Así pues, para exigir el pago de la cláusula penal, el acreedor no necesita probar la existencia de un perjuicio ni su monto, y tampoco la culpa del deudor, la cual se presume conforme a la norma ya mencionada.

Pactada la cláusula penal, dicha estimación convencional de perjuicios tiene prevalencia respecto de la estimación judicial y aún de la legal, que así revisten un carácter subsidiario.¹⁸ Por ello, la penalidad

convenida —y no los daños y perjuicios realmente causados— es lo que deberá entenderse como monto “indemnizatorio” a pagar.¹⁹

Es aquí donde se torna importante la autonomía negocial, reconocida como el poder que ostentan los particulares “para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones”²⁰ y que se materializa en el principio de fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*). Según este, los contratantes están obligados a respetar las estipulaciones que hayan hecho, pues estas adoptan el carácter de ley para ellas.²¹

Ahora bien, ¿siempre el valor que se hubiere estipulado como cláusula penal es aquel que efectivamente se pagará? ¿Hasta qué punto prevalece la autonomía privada? ¿En qué casos la pena puede ser modificada? Para responder a los anteriores interrogantes, se verá cómo ha sido entendido el carácter inmutable de la cláusula penal doctrinal y jurisprudencialmente en el ámbito nacional con algunas referencias en el derecho comparado, para luego realizar un análisis al funcionamiento de las excepciones que ha dispuesto la ley y la jurisprudencia a esta característica.

El carácter inmutable de la cláusula penal

El carácter de inmutable de la cláusula penal se refiere a que esta, como estipulación que hace parte de un contrato y siendo una manifestación de la voluntad de las partes, es ley para ellas en virtud del principio del *pacta sunt servanda* —artículo 1602 C. C.—. Así pues, esta debe ser respetada y cumplida, sin que le sea dable al juez otorgarle otros efectos jurídicos a los conferidos por las partes,²² ni una de ellas modificarla en su contenido, salvo que exista un nuevo acuerdo entre ellas.

Es importante resaltar que la característica de inmutabilidad de la cláusula penal está establecida en favor del deudor y del acreedor:²³ al primero, porque no se le permite a su par contractual pretender una cantidad mayor de la ofrecida, así la pena estipulada sea menor al perjuicio que haya sufrido, y, al acreedor, porque el deudor tampoco puede librarse de la pena, aun probando que el acreedor sufrió perjuicios menores o, incluso, ningún perjuicio en absoluto con el incumplimiento.

Los orígenes del principio de inmutabilidad de la cláusula penal se remontan al derecho romano, en el que al administrador de justicia no le era dable modificar la pena, aunque esta fuese excesiva. A partir de allí, se ha irradiado a otros ordenamientos que han aceptado por regla general esta característica de la cláusula penal en respeto de la autonomía de la voluntad de las partes; sin embargo, no en todas las latitudes dicha aceptación se ha dado de manera absoluta. Por ejemplo, en Francia no se aceptó al inicio ninguna modificación de la cláusula penal, ni siquiera su reducción cuando esta resultare excesiva, pues esto implicaría ir en contra a la autonomía de la voluntad de los contratantes.²⁴ No fue sino hasta la mitad del siglo XX que se cambió tal disposición para permitir a los jueces modificar las penas cuando su importe sea excesivo o insignificante.²⁵ En el derecho alemán, el principio de inmutabilidad tuvo acogida, pero desde la expedición del BGB se aceptó que este no se podía predicar de manera absoluta, por lo que el juez podía modificar lo que las partes hubieran pactado como cláusula penal cuando este fuera manifiestamente excesivo o bien para ampliar el monto de la indemnización hasta la totalidad del daño efectivamente sufrido por el acreedor (§340).²⁶ Por su parte, en Italia, el *codice civile* de 1942 también prevé el carácter inmutable de la pena, pero establece dos supuestos distintos en que el juez puede modificarla: el primero, ante el cumplimiento parcial y, el segundo, ante su exceso.²⁷

En Colombia, la tesis de la inmutabilidad de la cláusula penal ha sido aceptada por la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia ha establecido en sus fallos²⁸ que, dado el origen convencional de la cláusula penal, esta constituye ley para las partes y, por lo tanto, no es mutable. Se le reconoce, además, como una especie de autotutela privada que suple la función del juez,²⁹ pues cuando las partes han pactado una cláusula penal es porque han querido evitar toda discusión sobre la existencia de los perjuicios derivados del incumplimiento y su monto mismo.

A pesar de lo anterior, se ha reconocido de igual manera que el *pacta sunt servanda* no se puede aplicar en términos absolutos, pues, en ciertos casos, al juez le corresponde la tarea de velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, a pesar de lo que haya sido establecido por estas.³⁰ En consecuencia, al ser el principio de la fuerza obligatoria de los contratos el argumento principal sobre el cual se sostiene la tesis de la inmutabilidad de la cláusula penal, se han aceptado por esa vía excepciones a tal carácter.

Excepciones al carácter inmutable de la cláusula penal en el derecho colombiano

En Colombia, las excepciones a la inmutabilidad de la cláusula penal son tres: la primera de ellas podemos encontrarla en el artículo 1596 del C. C. CO., que consagra la rebaja de la cláusula penal ante el cumplimiento parcial de la obligación. En segundo lugar, el ordenamiento prevé la figura de la cláusula penal enorme — artículo 1601 del C. C. CO.—,³¹ que permite al juez, por razones de justicia y equidad, reducir el valor de la cláusula penal cuando este fuera excesivo. Por último, cabe destacar que recientemente la jurisprudencia nacional³² ha aceptado el reajuste judicial de la cláusula penal por fenómenos inflacionarios, por lo que se puede erigir, esta también, como una excepción al principio de inmutabilidad de la cláusula penal.

A continuación, nos detendremos una a una en las diferentes excepciones ya planteadas, pues entender cómo funcionan estas constituye la base para que se comprenda en debida forma cómo opera esta figura en la práctica contractual.

La rebaja proporcional de la cláusula penal ante el cumplimiento parcial

El cumplimiento parcial de la obligación amparada por la cláusula penal es el primer supuesto en el que se admite su reducción. Si bien las reglas del pago como método de cumplimiento de la obligación indican que en principio el acreedor no está obligado a aceptar el pago parcial,³³ bien puede decidir aceptarlo. En tal caso, si entre las partes se hubiera pactado una cláusula penal, se entiende que, con la aceptación del cumplimiento parcial, el acreedor renuncia a una parte proporcional de la pena que ampara la obligación principal³⁴ y el juez deberá reducir su monto — artículo 1596 C. C. CO. y artículo 867 Código de Comercio—. La figura de la reducción de la pena en caso de cumplimiento parcial de la obligación no es propia del ordenamiento patrio, sino que también está regulada de manera muy similar en ordenamientos como el español³⁵ y el italiano.³⁶

El fundamento de esta regla se encuentra en la prohibición de acumulación entre la obligación principal y la pena — artículo 1594 C. C. CO.—, pues si se permitiera al acreedor cobrar la totalidad de la cláusula penal cuando ha recibido parte de la prestación principal, quedaría autorizada de manera indirecta la imposibilidad legal de acumular la obligación principal y la pena.³⁷ También hay quienes dicen que el sustento de tal solución legal está en la idea de causa, pues la obligación de pagar la pena ve disminuida su causa en la misma proporción que el pago parcial que se ha efectuado.³⁸

Por otro lado, la posibilidad de reducir la cláusula penal, en caso de cumplimiento parcial de la obligación principal, pone de presente una especie de función indemnizatoria de esta,³⁹ en el sentido de que debe existir una correspondencia entre los perjuicios sufridos y la reparación. En efecto, cuando el acreedor de una obligación decide aceptar el pago parcial de la obligación, en últimas le concede un beneficio al deudor y hace que los efectos del incumplimiento sean menores,⁴⁰ por lo que, en este caso, no sería justo que el acreedor recibiera el pago de la totalidad de la cláusula penal para resarcir unos perjuicios que en realidad no se causaron. Esta función indemnizatoria es excepcional, pues la regla general es que la cláusula penal será exigible sin que

el deudor pueda alegar no haber inferido perjuicio al acreedor con la inejecución de la obligación —artículo 1599 C. C. CO.—.

Ahora bien, para hablar de reducción de la cláusula penal, la obligación amparada por ella tiene que ser divisible, pues solo en tal caso será susceptible de ser cumplida por partes.⁴¹ Igualmente, la reducción de la pena por el cumplimiento parcial no es automática, y solo procede siempre que al acreedor le reporte interés el cumplimiento parcial por parte del deudor.⁴² Si bien el Código Civil no establece expresamente este requisito y la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el particular, este va implícito en la regla según la cual el cumplimiento parcial tiene que ser aceptado por el acreedor, porque este no lo aceptará si ello no le reporta utilidad.⁴³

Cumplidos entonces los supuestos para que proceda la reducción de la cláusula penal ante el cumplimiento parcial, el juez tiene el deber —y no la facultad— de reducirla, pues nuestra regulación civil dispone la reducción como un “derecho” en cabeza del deudor —1596 C. C. CO.— y la mercantil dispone que el juez “hará” la reducción cuando se haya cumplido en parte —artículo 867 Código de Comercio—. Lo anterior no quiere indicar que se pueda proceder de oficio a esta, pues, como se indicó, los supuestos de reducción presuponen la petición del deudor en ese sentido.

Ahora, si bien la autoridad judicial tiene el deber de reducir la pena ante el cumplimiento parcial, en principio cuenta con discrecionalidad para establecer los criterios con los cuales materializar dicha reducción, pues lo cierto es que, en tal supuesto, nuestro Código Civil guarda silencio.

Ahora bien, si las partes hubieran establecido un régimen para regular la reducción de la pena, el juez debe respetar tal criterio.⁴⁴ En caso contrario, se estima que el criterio del juez para reducir la pena debe consistir en valorar en el caso en concreto la proporción entre lo efectivamente cumplido y el total que se debió cumplir para no incurrir en la penalidad,⁴⁵ pues solo siguiendo tal regla orientadora se garantizaría que se mantenga el debido sinalagma de las prestaciones del contrato.

Si esto es así, habría que concluir que no habrá lugar a rebaja de la pena si esta se pactó para un supuesto incumplimiento parcial.⁴⁶ En otras palabras, únicamente corresponde la rebaja de la pena por cumplimiento parcial de la obligación amparada siempre que la cláusula penal se haya pactado en caso de un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento efectivo del deudor tras haber cumplido parte de la obligación a su cargo.

Cláusula penal enorme o excesiva

La ley fija, con base en las prestaciones que emanan del contrato, el límite máximo hasta el cual puede sancionarse al deudor incumplido. Las penas que excedan tales límites se les denomina penas enormes.⁴⁷ La cláusula penal enorme constituye una excepción a la inmutabilidad característica de la pena, pues se le faculta al juez para rebajar el monto pactado como pena cuando exista una desproporción entre esta y la obligación principal.⁴⁸

La figura de la cláusula penal enorme se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento en el artículo 1601 del Código Civil⁴⁹ y, para efectos de su explicación, se dividirá según el tipo de obligación en que se enmarque el amparo de la estipulación penal.

Obligaciones de valor determinado

Este caso se refiere a la regla dispuesta en el primer inciso del artículo 1601. Esta regla solo es aplicable a los contratos conmutativos, es decir, a aquellos en los cuales hay una correspondencia entre las obligaciones de las partes y, además, como se infiere del supuesto de la norma,

que la obligación principal a que la pena se refiere ha de tener un objeto apreciable en una suma determinada de dinero; y en fin, que la pena también ha de consistir en el pago de otra cantidad pecuniaria determinada.⁵⁰

Entonces, la cláusula penal enorme, en este caso, se da cuando el valor que se haya pactado como pena exceda el doble de la obligación principal cuando esta consista en “pagar una cantidad determinada”.⁵¹ En otras palabras, la cláusula penal no puede ser mayor al doble del valor de la obligación principal, y en caso de que lo sea, el deudor requerido para su pago puede oponer en su defensa la reducción de la pena a dicho duplo dentro del término que tiene para proponer excepciones a la luz del artículo 425 del Código General del Proceso.⁵²

En resumen, tal y como lo afirma el tratadista Pérez Vives, para que cláusula penal sea lesiva deben cumplirse las siguientes condiciones:

- a) Que no se trate de arras o de alguna cláusula limitativa de la responsabilidad de una de las partes.
- b) Que el contrato sea conmutativo. No otra cosa significa la equivalencia de la cantidad determinada con la prestación de la contraparte, de que trata el texto transcrito.
- c) Que la pena consista en el pago de una cantidad determinada o determinable, como resultado de la mora del deudor.
- d) En el primer caso, que la pena exceda al duplo de la obligación principal, comprendía ésta en él.⁵³

Esta hipótesis también encuentra regulación en materia comercial en el artículo 867 del Código de Comercio,⁵⁴ pero con diferente monto límite, pues se establece como monto máximo de la cláusula penal el mismo valor de la obligación principal.

Pues bien, se estima que este artículo desnaturaliza la función de la cláusula penal de servir como una estimación anticipada de perjuicios, pues establece que el máximo que puede pactarse como pena es un monto igual al valor de la obligación principal que se haya incumplido, lo cual simplemente sustituye el objeto de la obligación, dejando de lado que pueden existir más perjuicios de los que pueda haber sufrido el acreedor, en especial por concepto de lucro cesante.⁵⁵

Como lo anota Suescún Melo,⁵⁶ el artículo 822 del Código de Comercio ordena la aplicación de las normas civiles a diversos aspectos de las obligaciones y negocios jurídicos comerciales, y, más específicamente, a los “efectos de las obligaciones”, dentro de los que se encuentra la indemnización de perjuicios. Es precisamente la legislación civil la que impide que en principio se acumulen la cláusula penal con la obligación principal —artículo 1594 C. C. CO.) y con la indemnización de perjuicios —artículo 1600 C. C. CO.), por lo que carece de explicación lógica el que la legislación comercial, a pesar de dichos artículos, disponga como límite de la cláusula penal el valor de la obligación principal, pues, en principio, la pena no puede adicionarse con esta ni con la indemnización de perjuicios.⁵⁷

Autores, como Perilla Castro,⁵⁸ sostienen que la desafortunada regulación del Código de Comercio a este respecto únicamente debe ser aplicable a la pena acumulativa, es decir, cuando medie pacto expreso se habilite al acreedor el cobro de la obligación principal y la pena, de manera que el acreedor pueda cobrar la obligación principal y, como pena, una cantidad igual. Sin embargo, no se debe entender que regula la pena sustitutiva, es decir, cuando la cláusula penal sustituye la obligación principal, caso en el cual habrá lugar para aplicar el límite establecido en la ley civil, esto es, el duplo de la obligación principal.

Esta posición se considera adecuada, pues si equipara la pena y la obligación principal, la cláusula penal perdería toda razón de ser en materia comercial, ya que se desconocería por completo su función de servir como una estimación anticipada de perjuicios y se aceptaría el absurdo jurídico de decir que el deudor que incumple solo puede ser obligado a cumplir la obligación principal.⁵⁹

Obligaciones de valor indeterminado

Para los casos en que el valor de la obligación amparada mediante cláusula penal sea incierto, las regulaciones civil y comercial dejan en manos de la prudencia del juez la labor de reducir la pena, siempre que las circunstancias del caso denoten que es enorme.

Como lo dice Alessandri,⁶⁰

tratándose de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, no ha podido la ley fijar un máximo hasta el cual pueda llegar la pena, y de ahí que haya dejado entregado a la prudencia del juez rebajar la pena, cuando según las circunstancias la pena parece enorme.

Sin embargo, vale decir que en cada caso el juez que proceda a la reducción de la pena siempre debe tener en cuenta el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento.⁶¹

Contrato de mutuo

La legislación civil establece que, tratándose de contratos de mutuo, habrá cláusula penal enorme cuando la pena exceda el máximo de intereses que es permitido estipular en este tipo de contratos.

Este artículo debe ser entendido en el sentido de que el máximo del interés que es permitido pactar se refiere a los intereses moratorios, pues está orientado al mutuo de dinero. Hay que recordar que, en las obligaciones dinerarias, no puede reclamarse la indemnización compensatoria, la cual tiene como finalidad reemplazar la prestación incumplida por el deudor de manera total o parcial.⁶² Por lo que, en obligaciones dinerarias, no se puede reemplazar el dinero con otra cosa, y por eso los perjuicios causados siempre serán moratorios. Esto lo confirma el artículo 1617 del C. C. CO. cuando regula la indemnización de perjuicios por la mora y de inmediato se refiere a los intereses, aunque deja a salvo la posibilidad de cobrar más perjuicios siempre que se pruebe.

Entonces, cuando la obligación principal sea de carácter dinerario y se haya pactado una cláusula penal, esta será una cláusula penal moratoria,⁶³ es decir, aquella que resarce los perjuicios moratorios en el caso de mora en la satisfacción de las obligaciones que emanan del contrato, y en la que está incluido el valor por concepto de intereses moratorios. No hay que olvidar que estos últimos tienen un carácter punitivo y resarcitorio, y que, además de ser una indemnización de los perjuicios por la mora, la presuponen, sin que se requiera probar su existencia y cuantía por bastar el hecho del retardo para que los mismos se presuman —artículo 1617 C. C. CO., inciso 2—. ⁶⁴ Ahora bien, si se quieren reclamar más perjuicios, sí habrá necesidad de probarlos.⁶⁵

Así las cosas, el legislador en el artículo 1601 del Código Civil consideró que, en el marco de un contrato de mutuo, la cláusula penal es enorme cuando excede el máximo interés moratorio que es permitido pactar en tales contratos, que corresponde al interés corriente más la mitad —artículo 2231 del C. C. CO.—.⁶⁶

Por último, hay que indicar que, en materia comercial, el artículo que regula la cláusula penal no se pronuncia sobre el tema —artículo 867 del Código de Comercio—, pero lo cierto es que el interés máximo que es permitido pactar en el mutuo no varía al establecido en materia civil.

En efecto, a la luz del artículo 65 de la Ley 45 de 1990, en las obligaciones dinerarias, “toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación”. Lo que quiere indicar, en últimas, es que en el marco de las obligaciones dinerarias y mercantiles la única indemnización procedente en el caso de mora del deudor son los intereses moratorios, los cuales están sujetos al límite dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio,⁶⁷ el cual es el interés bancario corriente más una mitad, el mismo establecido en materia civil por el ya mencionado artículo 2231.

Se concluye entonces que, en el contrato de mutuo, tanto civil como mercantil, la cláusula penal será enorme siempre que el valor pactado como tal sobrepase el interés corriente más la mitad, que es lo máximo que es permitido estipular. En este caso, se podrá rebajar la pena en lo que exceda dicho tope.

Como se puede ver, el ordenamiento nacional, salvo en el caso de obligaciones de valor indeterminado, fija específicamente los montos a partir de los cuáles la cláusula penal se entiende que es excesiva o enorme. Se distancia entonces, en este sentido, de ordenamientos como el italiano, en el cual habrá lugar a la reducción de la cláusula penal cuando esta fuere “manifiestamente excesiva”, sin que se imponga un valor a partir de la cual se pueda considerar que lo es.⁶⁸

La posibilidad de reajuste del valor de la cláusula penal por fenómenos inflacionarios: ¿es viable?

Esta excepción al carácter inmutable de la cláusula penal tiene un origen eminentemente jurisprudencial, pues el Código Civil no previó la posibilidad que el valor pactado por las partes como pena se vea afectado por fenómenos inflacionarios. Sin duda, el tópico de la relación de la cláusula penal con la depreciación monetaria es controvertido, y ha hecho que la jurisprudencia adopte posiciones divergentes en sus fallos para intentar dar respuesta a la pregunta que encabeza este espacio.

Se pueden diferenciar, en esencia, tres posiciones distintas:

La postura que aboga por la procedencia del reajuste de la cláusula penal ante fenómenos inflacionarios

Esta tesis surge del derecho comparado, especialmente del derecho argentino, en el que se ha recurrido a los principios de equidad o integridad del pago para justificar el correctivo de la cláusula penal y se ha acudido a normas que consagran las denominadas acciones de reducción de las penas —artículo 656 del Código Civil argentino⁶⁹—, que han sido entendidas como acciones de modificación, para dar cabida tanto a la disminución de la prestación como a su aumento cuando esta se ha reducido al mínimo.⁷⁰

La Corte Suprema de ese país ha dicho que

en los supuestos en los que se reclama la cláusula penal que tiene por objeto el pago de una suma de dinero, no se descarta la posibilidad de actualizar los valores cuando medie mora del deudor, pues juegan a este respecto razones que hacen a la plenitud de la función resarcitoria que tiene la cláusula penal, que se vería sustancialmente afectada si no se computasen los valores reajustados equitativamente en función de la realidad económica.⁷¹

Como se puede observar, los argumentos que sustentan esta posición encuentran sostén en la aplicación de criterios de justicia, equidad, equilibrio contractual y la integridad del pago.⁷² En Colombia, no hay que olvidar que la jurisprudencia ha establecido que el fundamento de la corrección monetaria en obligaciones como las dinerarias se debe a “principios más elevados como el de equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales”.⁷³ Además de recordar, en reiteradas oportunidades, que el objetivo de la indexación no es otro que el de atenuar las secuelas nocivas del impacto inflacionario sobre una deuda pecuniaria, sin agregarle nada, por lo que esta figura no se puede equiparar a una sanción o un resarcimiento.⁷⁴

Esta posición, valga decirlo desde ya, no había tenido cabida en la jurisprudencia nacional, hasta una reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia que implicó un giro jurisprudencial en este punto, en el sentido de que admitió la procedencia, *ex officio* o a petición de parte, de la actualización del valor de la cláusula penal, de modo que el acreedor lo reciba actualizado.⁷⁵ En esta, se consideró como “irrazonable” y

“desproporcionado” insistir en mantener el valor nominal de la pena (que venía siendo la posición imperante), pues esto implicaría desconocer la pérdida del poder adquisitivo producida por el paso del tiempo y el hecho de que el pacto de la cláusula penal, por lo general, está llamada a surtir sus efectos tiempo después de pactada.⁷⁶

Además, se estableció la regla de que el valor de la cláusula penal es susceptible de ser indexado, generalmente, desde que el deudor se constituye en mora, que es cuando surge en su cabeza la obligación de pagar la pena. Lo anterior, sin perjuicio de que, según las circunstancias específicas del caso, que deberán responder a criterios objetivos con sustento legal o fáctico, se pueda considerar otro punto de partida a partir del cual procede la actualización.⁷⁷

La posición que afirma que no es posible realizar un reajuste de la cláusula penal por fenómenos inflacionarios

Esta fue la postura adoptada inicialmente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de junio del 2000,⁷⁸ la cual argumentó que no existe en el ordenamiento colombiano ninguna norma que autorice que se lleve a cabo la corrección monetaria de la cláusula penal sin perjuicio del artículo 1601 del Código Civil, el cual consagra la figura de la cláusula penal enorme ya analizada, y que, además, nada tiene que ver con la permisión del reajuste de la cláusula penal por fenómenos inflacionarios.

La jurisprudencia en aquella oportunidad también dijo que la cláusula penal implica, *per se*, una liquidación anticipada de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la cual es realizada directamente por las partes con un carácter estimativo y aproximado.⁷⁹ Así pues, al tener la cláusula penal el carácter de un acto jurídico accesorio a la obligación principal, esta constituye ley para las partes en virtud del principio de fuerza obligatoria de los contratos —artículo 1602 C. C. CO.—, por lo que no puede ser susceptible de ser mutada, salvo en el ya comentado caso del artículo 1601 del Código Civil, y, agréguese, la rebaja de la pena por cumplimiento parcial de la obligación —artículo 1596 C. C. CO.—.

Se dice, además, que cuando las partes estipulan una cláusula penal, lo hacen teniendo plena conciencia y conocimiento de que la relación obligacional y, por consiguiente, las sumas pactadas como cláusula penal se pueden ver afectadas por fenómenos inflacionarios. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que para que se dé la eficacia de la cláusula, se tiene como condición el incumplimiento de la obligación principal y, por ende, que el deudor entre en mora. Entonces, según la Corte,⁸⁰ “para el acreedor no es desconocido el hecho de la inflación, como tampoco la eventual mora del deudor, y con ella el transcurso de un tiempo entre el pacto y la efectividad del pago”.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que las partes, si así lo consideran pertinente, puedan pactar cláusulas de valor que mantengan el equilibrio económico de la pena y así amortiguar los efectos inflacionarios, pero, si ello no se pacta, mal se haría reconociendo de oficio tal facultad habiendo que presumir que el monto que se pactó inicialmente por las partes como cláusula penal sigue siendo equitativo al corresponder a lo que las partes pactaron originalmente.⁸¹

Esta posición además indica que la cláusula penal es parte de la autotutela privada de las partes en un contrato y, por tanto, suple la función del juez. Entonces, el tratamiento de esta, como pena que es, debe ser restrictivo y por ello no se puede admitir que, “sí las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio”.⁸²

De igual manera, descarta utilizar el criterio de equidad para justificar la indexación de la cláusula penal, pues si esta es una estimación anticipada de perjuicios, hace que estos se presuman, por lo que el criterio del equilibrio entre una prestación y su equivalente real monetario no tendría sentido, pues, de indexar, se estaría poniendo en términos “reales” un perjuicio que es presunto.⁸³ Por último, se arguye que el acreedor de cláusula

penal en últimas siempre está en libertad de prescindir de esta y demandar y probar el verdadero desmedro patrimonial sufrido, posibilidad que reconoce la misma ley en el artículo 1600 del C. C. CO.⁸⁴

En síntesis, como el ordenamiento positivo adopta la posición de inmutabilidad de la cláusula penal, se debe entender que, cuando las partes en un contrato la pactan, deben mantenerse fiel a ella, sin que se le sea dable al juez proceder a su reajuste, salvo el evento en el que los propios contratantes así lo hayan estipulado.

La posición que establece una especie de tesis ecléctica, en la que se argumenta en favor de la procedibilidad del reajuste de cláusula penal ante fenómenos inflacionarios, pero solo en el caso de que estos sean imprevistos o irresistibles

Según esta posición, que corresponde a la postura de la Corte Suprema de Justicia, adoptada en una sentencia del 18 de diciembre de 2009⁸⁵ y que había imperado hasta el giro jurisprudencial reciente ya comentado, indica que dada la polifuncionalidad de la cláusula penal, en el sentido de servir como una tasación anticipada de perjuicios o también pudiendo ser vista desde su función conminatoria o punitiva, hace que los criterios y fundamentos que gobiernan la indexación de determinadas obligaciones, como las dinerarias, no puedan ser traslapados forzosamente a la cláusula penal, debido a que algunos de esos principios se desdibujan por su naturaleza peculiar.

Se estima que esta posición es adecuada, pues las partes al ponerse de acuerdo al contratar suelen consultar circunstancias previsibles que puedan afectar la relación contractual; circunstancias dentro de las cuales se encuentra la inflación, la cual, además de ser un hecho notorio, suele preverse según la coyuntura económica de un país.⁸⁶ Entonces, en principio, “los procesos inflacionarios razonables y reiterados no escapan al conocimiento y voluntad de las partes al ajustar la respectiva cláusula, a menos que se presenten importantes sobresaltos que alteren su proporcionalidad.”⁸⁷

Así las cosas, tratándose de los fenómenos inflacionarios imprevistos o imprevisibles, graves, que menoscaben considerablemente la eficacia y las funciones que tiene la cláusula penal, de manera que se desnaturalice la intención original de los contratantes, se podrá justificar su indexación, con miras a que efectivamente dicha estipulación cumpla con el propósito por el cual fue pactada.⁸⁸ Ahora bien, a nuestro parecer, la indexación no es procedente en el resto de los casos, pues, como bien es advertido por la segunda de las tesis expuestas, lo cierto es que el tratamiento de la cláusula penal, como pena que es, debe ser restrictivo, además de la imposibilidad de aplicar estrictamente los criterios de equidad que se usan para justificar la corrección de otras obligaciones a la cláusula en comento.

Conclusiones

La cláusula penal es considerada mayoritariamente en nuestro ordenamiento jurídico con una naturaleza polifuncional, pues esta puede cumplir con diferentes funciones según los intereses particulares que tengan las partes. Así, la función de tal estipulación puede ser i) fungir como una estimación adelantada de perjuicios hecha por las partes, ii) servir de garantía o caución para el cumplimiento de la obligación o iii) bien como una sanción.

Una de las características más importantes de estipulación es la inmutabilidad. Por regla general, no se puede modificar lo que las partes hubieran pactado como cláusula penal debido a su origen convencional vinculante. Sin embargo, esto no es predicable en términos absolutos, la propia legislación reconoce dos casos en los que la cláusula penal puede ser modificada: 1) en caso de cláusula penal enorme y 2) la rebaja de la cláusula penal ante cumplimiento de parcial de la obligación que ampara. Sin embargo, actualmente, dado

los avances de la jurisprudencia, se puede decir que existe una tercera excepción, la cual se trata del reajuste de la cláusula penal ante fenómenos inflacionarios.

Del análisis hecho a cada una de las anteriores excepciones al carácter inmutable de la cláusula penal, se puede concluir lo siguiente:

1) Cuando el acreedor admite el pago parcial de la obligación y entre las partes hubiere mediado una cláusula penal, se entiende que este admite una rebaja proporcional de la pena, a la cual tendrá derecho el deudor a pedirla.

Así mismo, únicamente habrá rebaja de la pena ante cumplimiento parcial cuando esta se haya pactado en caso de un incumplimiento de mayor entidad al efectivamente acontecido.

2) Estamos en presencia de una cláusula penal enorme cuando existe una desproporción entre la pena y la obligación principal, dependiendo del tipo de obligación que se trate:

a) Tratándose de obligaciones de valor determinado, la cláusula penal se considerará enorme cuando exceda el doble del valor de la obligación principal, caso en el cual el deudor puede pedir la reducción de la pena a dicho duplo. Esto es aplicable en materia civil y comercial, a pesar de que en el Código de Comercio en el artículo 867 diga que el límite es el monto de la obligación principal, lo cual únicamente debe ser aplicable cuando se acumule esta y la pena.

b) Cuando se trate de una obligación de valor indeterminado, estará a la prudencia del juez establecer cuándo la pena debe ser considerada como enorme, teniendo en cuenta en todo caso el interés del acreedor en el cumplimiento.

c) En el marco de un contrato de mutuo, habrá cláusula penal enorme cuando esta exceda el límite de los intereses —moratorios— que es permitido pactar, es decir, cuando sobrepase el interés corriente más la mitad, caso en el cual se podrá rebajar la pena en lo que exceda dicho tope.

Del análisis aquí expuesto, se notó que, dada la ausencia de pronunciamientos judiciales acerca del funcionamiento de la figura de la cláusula penal enorme, el desarrollo e interpretación de esta institución ha provenido mayoritariamente de la doctrina, por lo que bien convendría en este punto algún pronunciamiento jurisprudencial o modificación legislativa que establezca una posición clara de cara al operador del derecho.

3) Según la posición actual de la jurisprudencia, el reajuste de la cláusula penal por fenómenos inflacionarios es procedente, de oficio o a petición de parte, de manera que el acreedor reciba su valor actualizado y no vea menoscabado su poder adquisitivo. Por regla general, dicha indexación es procedente desde que el deudor se haya constituido en mora.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que se carece actualmente de una posición clara de la jurisprudencia a este respecto, por lo que bien convendría que se adopte una línea jurisprudencial uniforme en aras de dar seguridad jurídica al operador jurídico, máxime en tiempos en los que la inflación es coyuntural.

Para finalizar, nótese que en el ordenamiento colombiano las excepciones previstas por la legislación al carácter inmutable de la cláusula penal están establecidas en favor del deudor de la relación comercial, pues solo el reajuste de la cláusula penal por fenómenos inflacionarios (que surge de la jurisprudencia) establece la posibilidad de modificar la cláusula penal en favor del acreedor. A diferencia de otros ordenamientos, como el francés y el alemán, no se previó la modificación de la pena cuando esta haya sido pactada con un valor irrisorio, pues en tal caso la única opción que establece la ley para el acreedor es prescindir de la pena y probar los verdaderos perjuicios que se le hubieren causado —artículo 1600 C. C. CO.—.

Se advierte entonces cierto desbalance que carece de justificación en las herramientas brindadas por el ordenamiento jurídico para con el acreedor: si bien la estipulación de una cláusula penal supone una estimación adelantada de los perjuicios hecha por las partes que suple la función judicial, pareciera en este punto que únicamente es una estimación impuesta por el acreedor, pues lo cierto es que la ley permite, alegando

razones de equidad, la modificación de la cláusula ante el cumplimiento parcial y en los supuestos de cláusula penal enorme, únicamente en favor del deudor de la respectiva relación negocial.

Referencias

- Aida Kemelmajer de Carlucci. *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal* (Depalma, 1981).
- Alfonso Hernández Tous, *La reparación de los perjuicios compensatorios y moratorios como tipología de perjuicios derivados de la responsabilidad contractual en el derecho privado*, 21 (44) Opinión Jurídica 238-259 (2022), <https://doi.org/10.22395/ojum.v21n44a12>
- Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, parte segunda (Editorial Temis, 1955).
- Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho civil. Teoría de las obligaciones* (Imprenta El Esfuerzo, 1997).
- Arturo Valencia Zea & Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil, tomo III, De las obligaciones*, (Editorial Temis, 2015).
- Cesare Grasseti, *La Clausola Penale*, en Francesco Calasso, coord., *Enciclopedia del diritto*, tomo VII (Milano, Giuffrè Editore, 1962).
- Carlos Perilla Castro, *La cláusula penal*, Revista de Investigación y Análisis de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Temas Jurídicos 11, 71-97 (1997).
- Carlos Soto Coáguila, *La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales*, 6 Revista Chilena de Derecho Privado 87-111 (Universidad Diego Portales, 2006), <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370840819004.pdf>
- Cristina Fuenteseca Degeneffe, *Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán*, 13 Revista Foro, Nueva Época 61-110 (2011), https://doi.org/10.5209/rev_FORO.2011.v13.2
- Colombia. Ley 57 de 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Código Civil. 15 de abril de 1887.
- Colombia. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. 16 de junio de 1971.
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 5, 2003, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-468 de 2003, [Colom.]
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala Plena, sentencia del 27 de septiembre de 1974, G. J. CXLIX-CL.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de mayo de 2000, Exp. 5439.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de marzo de 1961, G. J. XCV.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia 7 de octubre de 1976, G. J. CLII Parte 1.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de junio de 2002, Exp. 7320.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009, Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 2024, Rad. 2020-00020-01.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de diciembre de 2004, Exp. 54122.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996, Exp. 4607.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de octubre de 1949, G. J. LXVI.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de junio de 1955. G. J. LXXX.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 23 junio del 2000, Exp. 4823.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 1943, G. J. LVI.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de septiembre de 1999. Exp. 5005.
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de junio de 1999, Exp. 5127.
- Enrique Urdaneta Fontiveros, *La cláusula penal en el Código Civil venezolano* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Torina C. A., 2011).

- Felipe Osterling & Mario Castillo, *La funcionalidad de la cláusula penal*, 47 Revista Ius et Praxis 29-46 (2016), <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2016.n047.939>
- Fernando Hinestrosa. *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I (Universidad Externado de Colombia, 2015).
- Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, tomo I, trad. Fontanarosa, S. Sentís Melendo & M. Volterra (Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986).
- Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones* (Editorial Temis, 2018).
- Ignacio Marín García, *Cláusula penal y función moderadora del juez*, Revista InDret, Universitat Pompeu Fabra 1-13 (2008).
- Jorge Peirano Facio, *La cláusula penal* (2.ª ed.) (Editorial Temis, 1983).
- Jorge Suescún Melo, *Análisis comparativo sobre algunos aspectos del régimen de obligaciones y de contratos en general del Código de Comercio y del Código Civil*, 12 Revista de Derecho Privado 145-188 (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1993), <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/7827007f-0a02-45cd-918d-0388ea262362>
- Louis Josseland, *Derecho civil. Tomo II. Vol. I (Teoría general de las obligaciones)*, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, (Bosch y Cia. Editores, 1950).
- Ludwing Eneccerus, *Derecho de obligaciones*, vol. I, trad. de la 35 edición alemana por Blas Pérez Gonzáles & José Alguer (Bosch Casa Editorial, 1954).
- Marcel Planiol & Georges Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, tomo VII, trad. Mario Díaz Cruz (Cultural S. A., 1946).
- Sandra Cepeda Andrade & Nadia Forero Tapiero, *La cláusula penal*, monografía de grado optando al título de abogada 135 (Universidad de la Sabana, 2002), <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5366/129386.pdf>

Notas

- * Artículo de investigación.
- 1 Este artículo estipula 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”.
 - 2 Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, parte segunda, 136 (Ed. Temis, 1955).
 - 3 En este sentido, véase: Arturo Valencia Zea & Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil, tomo III, De las obligaciones* 398 (Ed. Temis, 2015). F. Hinestrosa. *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, 1182 (Universidad Externado de Colombia, 2015). Jurisprudencialmente también se ha sostenido esta tesis, por ejemplo, véanse Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala Plena, 27 de septiembre de 1974, G. J. CXLIX-CL, p. 408. Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de mayo de 2000, Exp. 5439.
 - 4 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, 6 de marzo de 1961, G. J. XCV, p. 76.
 - 5 Véase Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, 7 de octubre de 1976, G. J. CLII Parte 1, p. 441. Reiterada por sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7320. Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009. Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01.
 - 6 Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones* 148 (Ed. Temis, 2018). En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil en sentencia del 1 de diciembre de 2004. Exp. 54122.
 - 7 Louis Josseland, *Derecho civil. Tomo II. Vol. I (Teoría general de las obligaciones)*, trad. Santiago Cunchillos y Manterola 518 (Bosch y Cia Eds., 1950): “La cláusula penal es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente”. En este mismo sentido se manifiestan los tratadistas Planiol y Ripert: “La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que sufre el acreedor según la apreciación que de estos hacen las partes”. Marcel Planiol & Georges Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo VII. Trad. Mario Díaz Cruz 178 (Cultural S. A., 1946).
 - 8 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1996. Exp. 4607
 - 9 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, 13 de octubre de 1949, G. J. LXVI, p. 623.
 - 10 Felipe Osterling & Mario Castillo, *La funcionalidad de la cláusula penal*, 47 Revista Ius et Praxis 29-46 (2016).

- 11 Este artículo estipula que “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”.
- 12 Carlos Soto Coáguila, *La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales*, 6 Revista Chilena de Derecho Privado 87-111 (2006).
- 13 *Id.*
- 14 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, 13 de octubre de 1949, G. J. LXVI, p. 623.
- 15 *Id.*
- 16 El artículo 1599 del Código Civil establece que “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.
- 17 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, 7 de octubre de 1976, G. J. CLII Parte 1, p. 441.
- 18 Ospina Fernández, *supra* nota 6, pág. 148.
- 19 Osterling & Castillo, *supra* nota 10, pág. 31.
- 20 Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* 90 (Jovene, Napoli, 1950), citado en Fernando Hinestrosa, *supra* nota 3, pág. 121.
- 21 Artículo 1602 del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo por causas legales”.
- 22 Corte Constitucional de Colombia [C. C.], junio 5, 2003, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-468 de 2003, [Colom.].
- 23 Enrique Urdaneta Fontiveros, *La cláusula penal en el Código Civil venezolano* 89 (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Torina C. A., 2011).
- 24 Soto Coáguila, *supra* nota 12, pág. 103.
- 25 *Id.* Esto sucedió en el año 1975, mediante la ley 75~597 que modificó el Código Civil francés.
- 26 Ludwig Eneccerus, *Derecho de obligaciones*, vol. I., trad. de la 35 edición alemana por Blas Pérez Gonzáles & José Alguer 187 (Bosch Casa Editorial, 1954). También véase Urdaneta Fontiveros, *supra* nota 23, pág. 91.
- 27 Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, tomo I, trad. Fontanarosa, S. Sentís Melendo & M. Volterra 220 (Ed. Jurídicas Europa-América, 1986).
- 28 Véanse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil del 23 junio del 2000. Exp. 4823. y del 18 de diciembre de 2009. Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01.
- 29 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 23 junio del 2000. Exp. 4823.
- 30 Corte Constitucional de Colombia [C. C.], junio 5, 2003, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-468 de 2003, [Colom.].
- 31 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 23 junio del 2000. Exp. 4823.
- 32 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 2024. Rad. 2020-00020-01.
- 33 En este sentido, el artículo 1649 del Código Civil dispone que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales”.
- 34 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, 7 de octubre de 1976, G. J. CLII Parte 1, p. 441.
- 35 Cristina Fuenteseca Degeneffe, *Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán*, 13 Revista Foro, Nueva Época 61-110 (2011). El artículo 1154 del Código Civil español dispone que “el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.
- 36 El artículo 1384 del Código Civil italiano estipula que “la pena puede ser reducida igualmente por el juez, si la obligación principal ha sido realizado en parte o si la cuantía de la sanción es manifiestamente excesiva, teniendo siempre en cuenta el interés que el acreedor tenía que cumplir”.
- 37 François Laurent, *Principes de droit civil francais*, tomo XVII, trad. castellana, Habana, 486-487 (1917), citado en Urdaneta Fontiveros, *supra* nota 23, pág. 97.
- 38 Jorge Peirano Facio, *La cláusula penal*, 2.^a ed. 245-246 (Ed. Temis, 1983).
- 39 Aida Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal* 10 (Depalma, 1981).
- 40 Carlos Perilla Castro, *La cláusula penal*, Revista de Investigación y Análisis de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Temas Jurídicos 11, 71-97 (1997).
- 41 *Id.*
- 42 *Id.* Perilla Castro ejemplifica el interés del acreedor poniendo el caso de la ejecución escalonada, donde puede ocurrir que el cumplimiento parcial hecho por el deudor no haya reportado beneficio alguno al acreedor, sino, por el contrario, un perjuicio. En este caso, la cláusula penal se deberá toda.
- 43 Urdaneta Fontiveros, *supra* nota 23, pág. 100.

- 44 Peirano Facio, *supra* nota 38, pág. 246.
- 45 Ignacio Marín García, *Cláusula penal y función moderadora del juez*, Revista InDret, Universitat Pompeu Fabra 1-13 (2008).
- 46 *Id.*
- 47 Perilla Castro, *supra* nota 40, pág. 82.
- 48 Sandra Cepeda Andrade & Nadia Forero Tapiero, *La cláusula penal*, monografía de grado optando al título de abogada 135 (Universidad de la Sabana, 2002).
- 49 El artículo 1601 del Código Civil dispone que “cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.
- 50 Ospina Fernández, *supra* nota 6, pág. 154. Además, este autor sostiene que “la regla comentada, no tiene cabida: ni en los contratos unilaterales que sólo producen obligaciones para una de las partes; ni en los contratos gratuitos, por estar ellos precedidos por el ánimo de liberalidad que excluye la equivalencia en la utilidad; ni en los contratos que no contienen obligación principal apreciable en dinero o pena que tampoco consista en pagar una cantidad de éste”.
- 51 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del de 23 junio del 2000. Exp. 4823.
- 52 Hinestrosa, *supra* nota 3, pág. 1182.
- 53 Pérez Vives, *supra* nota 2, pág. 212.
- 54 Este artículo dispone que “cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.
- 55 Jorge Suescún Melo, *Análisis comparativo sobre algunos aspectos del régimen de obligaciones y de contratos en general del Código de Comercio y del Código Civil*, 12 Revista de Derecho Privado 145-188 (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1993).
- 56 *Id.*
- 57 *Id.*
- 58 Perilla Castro, *supra* nota 40, pág. 84.
- 59 En este mismo sentido véase Ospina Fernández, *supra* nota 6, pág. 155.
- 60 Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho civil. Teoría de las obligaciones* 139 (Imprenta El Esfuerzo, 1997).
- 61 Cesare Grassetti, *La Clausola Penale*, en Francesco Calasso, coord., *Enciclopedia del diritto*, tomo VII, 186-196 (Milano, Giuffrè Editore, 1962).
- 62 Alfonso Hernández Tous, *La reparación de los perjuicios compensatorios y moratorios como tipología de perjuicios derivados de la responsabilidad contractual en el derecho privado*, 21 (44) Opinión Jurídica 238-259 (2022).
- 63 Cepeda Andrade & Forero Tapiero, *supra* nota 48, pág. 144.
- 64 Hernández Tous, *supra* nota 62, pág. 248.
- 65 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, 7 de octubre de 1943, G. J. LVI, p. 174.
- 66 En este mismo sentido, véase Ospina Fernández, *supra* nota 6, pág. 155.
- 67 Este artículo dispone que “cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”.
- 68 El artículo 1384 del Código Civil italiano dispone que “la pena puede ser reducida igualmente por el juez [...] si la cuantía de la sanción es manifiestamente excesiva”.
- 69 Esta norma, del antiguo código civil argentino, argumentaba que “los jueces podrán [...] reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.
- 70 Luis Moisset de Espanés, Ramón D. Pizzaro & Carlos Vallespinos, *Inflación y actualización monetaria* 303 (Universidad de Buenos Aires, 1981), citado en Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 23 junio del 2000, Exp. 4823.
- 71 Corte Suprema de Justicia Argentina, sentencia del 28 abril de 1979. Citado en Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 23 junio del 2000, Exp. 4823.

- 72 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2009, Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01.
- 73 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de septiembre de 1999, Exp. 5005.
- 74 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de junio de 1999, Exp. 5127.
- 75 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 2024, Rad. 2020-00020-01.
- 76 *Id.*
- 77 *Id.* Así, en ese caso se admitió la indexación del valor de la pena durante el lapso transcurrido entre la sentencia de primera instancia y el de segunda en apoyo del inciso 2 del artículo 283 del Código General del Proceso, que dispone que “el juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado”. Lo anterior, debido a que la parte en cuyo favor se reconoció la penalidad no apeló la decisión que se abstuvo de indexarla y se consideró que en el entretanto de las dos decisiones se vio menoscabado el poder adquisitivo del dinero que debió ser puesto en manos del acreedor con el fallo de primera instancia y que no se hizo, debido a que la contraparte apeló la decisión. Este razonamiento, valga decirlo, se hizo merecedor de dos salvamentos parciales de voto, en los que se le consideró contrario al principio de congruencia que rige la actividad procesal y al carácter inmutable de la cláusula penal estudiada en este escrito.
- 78 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 23 junio del 2000, Exp. 4823.
- 79 *Id.*
- 80 *Id.*
- 81 *Id.*
- 82 *Id.*
- 83 Aclaración de voto Edgardo Villamil, Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009, Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01.
- 84 *Id.*
- 85 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009, Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01.
- 86 En este orden de ideas, no compartimos la aseveración hecha por la Corte Suprema de Justicia en la comentada sentencia datada del 12 de enero de 2024, en la cual se afirmó que “decir, como se ha expresado hasta ahora, que en virtud de la cláusula penal los contratantes tienen en cuenta el factor inflacionario y que, por consiguiente, ello frustra la posibilidad de indexar su valor, no solo constituye una visión artificial que es refractaria a la realidad material, sino que implica mantener una postura ajena a los principios de justicia, equidad y reparación integral que apuntan precisamente a que la solución de sumas dinerarias se haga con sujeción al postulado de la plenitud de pago para así mantener el equilibrio económico del contrato”. Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 2024, Rad. 2020-00020-01.
- 87 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009, Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01.
- 88 *Id.*

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar: Diego Alexander Berbessi Fernández, *La característica de inmutabilidad de la cláusula penal y sus excepciones en el derecho privado colombiano*, 73 Vniversitas (2024), <https://doi.org/10.11144/Javerian.a.vj73.cicp>