

LA CLÁUSULA PENAL SANCIONATORIA EN EL PROCESO EJECUTIVO

¹ Jessyka Gallego Colorado

RESUMEN

Históricamente los individuos se han relacionado, vinculado y obligados entre sí, lo que conlleva a que adquieran obligaciones recíprocas pactadas por medio de contratos, los cuales llevan implícita la voluntad y la buena fe de las partes. Por ello, se hace indispensable crear garantías ante el posible incumplimiento mediante la cláusula penal sancionatoria, la cual se hace merecedora de un estudio más detallado y profundo.

El propósito de este Artículo es analizar los presupuestos procesales y sustanciales para realizar el cobro de la cláusula penal sancionatoria por vía ejecutiva, para su desarrollo se realiza una revisión desde la jurisprudencia en Colombia, la ley, los aspectos del proceso ejecutivo y declarativo, a fin de concluir que el proceso ejecutivo es un mecanismo poco usado para el cobro de la cláusula penal sancionatoria pero que es lo suficiente efectivo y aceptado en Colombia.

Palabras clave: Cláusula penal sancionatoria, Contrato, Garantía, Obligaciones, Proceso Declarativo, Proceso Ejecutivo.

¹ Abogada de la Universidad Católica Luis Amigó. Abogada litigante en el área de civil y familia. Correo Electrónico: gallegoabogada@hotmail.com. Este artículo se presenta para optar por el Título de Especialista en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTUALIZACION DE LA CLÁUSULA PENAL SANCIONATORIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.
3. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA PENAL SANCIONATORIA. 4. COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL MEDIANTE EL PROCESO EJECUTIVO. 5. CONCLUSION. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Debido a los excesivos formalismos antes de la edad media, la autonomía de la voluntad privada tomó importancia dado que se dejó de lado la cantidad de contratos predeterminados y se pasó a convenios o contratos que gozaban de eficacia jurídica, siempre y cuando fuera lícito y la manifestación de la voluntad se hubiera manifestado de manera libre. Por esto la cláusula penal sancionatoria, cobra una vital importancia y es necesario investigar el desarrollo constitucional, legislativo que ha tenido la cláusula penal en el ordenamiento jurídico colombiano. Siendo ésta el medio por el cual los acreedores en un negocio jurídico buscan promover el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la relación contractual, mediante la consagración convencional de prestaciones adicionales que se causan en los eventos en los que se configure un incumplimiento, cuya disposición deviene de la voluntad y consentimiento de las partes; en especial en materia contractual.

Históricamente en las relaciones contractuales siempre se ha presentado la inseguridad si las partes que intervienen en el contrato cumplirán o no con la obligación, este dilema surge toda vez que en la celebración de los contratos hay situaciones futuras que no pueden ser predecibles con exactitud. Los hechos futuros son imposibles de

determinar ya que hay factores externos que pueden influir en el incumplimiento de un contrato; por tal razón, las partes como mecanismo efectivo para asegurar el cumplimiento de la obligación, han acudido a la figura de la cláusula penal, cuya finalidad es sancionar a la parte que incumpla el contrato, definición contenida en el artículo 1592 del código civil.

En los países regidos por el *Civil law*, un sistema donde la fuente principal es la ley, la cláusula penal puede ser una estimación anticipada de perjuicios o pueden ser de carácter punitivo, la cual permite el cobro de la pena pactada más el monto de los perjuicios. Esta pena es de carácter sancionatorio para la parte que incumple el contrato.

En el derecho privado colombiano, se otorgan libertades contractuales, lo que obliga al desarrollo de fundamentos e instituciones jurídicas, celebradas a partir de la autonomía de la voluntad privada, que garanticen el cumplimiento de los negocios. Tal es el caso de la institución de la cláusula penal contenida, en el artículo 1592 del Código Civil Colombiano, y artículo 867 del código de comercio; la cual se pacta en los contratos típicos y atípicos donde se establece y se configura el contenido de una relación obligatoria que une a las partes; como garantía especial para la exigencia y cumplimiento del mismo. La cláusula penal fue llamada en la antigua roma “*STIPULATIO POENAE*” y aplicada por los jueces como medio para hacer cumplir la obligación cuando una de las partes de un contrato incumplía completamente con entregar al otro una suma de dinero. También fue tomada de la misma manera por España y por Francia hasta llegar al ordenamiento jurídico colombiano, donde se ha permitido que esta disposición se vincule con algunos presupuestos de aplicabilidad y funcionalidad en los contratos típicos y atípicos, la figura ha tomado gran protagonismo y relevancia en los mismos.

El crecimiento, desarrollo y transformación de la sociedad, promueve que los individuos se relacionen, vinculen y obliguen entre sí, lo que conlleva a que estos adquieran obligaciones y tengan que ser pactadas por medio de contratos, en los cuales está implícita la voluntad y la buena fe de las partes. Sin embargo es indispensable crear garantías ante el posible incumplimiento; de allí que la cláusula penal o institución toma gran importancia y relevancia en los contratos y se hace merecedora de un estudio más detallado y profundo.

Por consiguiente, el ordenamiento jurídico colombiano tiene a disposición de los particulares diversos mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento o el cobro de la cláusula penal punitiva; ya sea por vía ejecutiva o por medio del proceso declarativo, ambos procesos plenamente legislados. No obstante, cada mecanismo exige unos requisitos, lo que conlleva a una confusión para el demandante al momento de escoger la vía que más lo beneficie. Esta confusión se presenta toda vez que el cobro de la cláusula penal vista desde la óptica del proceso ejecutivo puede afirmar que la obligación derivada del incumplimiento de la relación contractual es clara, expresa y exigible, dado que en la negociación precontractual las partes de manera anticipada pactan el monto de la sanción.

Por el contrario, en los contratos bilaterales se hace necesario que el demandante pruebe que sí cumplió con la obligación o se dispuso a cumplirla, y que fue el demandado quien no cumplió con sus obligaciones para poder exigir el pago de la cláusula penal. Hecho que solo será posible probar en un proceso declarativo y será el órgano judicial el competente para declarar el incumplimiento según las pruebas valoradas en el proceso.

Ante la complejidad del tema es importante estudiar en detalle ambos procesos para determinar según cada situación qué normatividad y cuales mecanismos se deben aplicar.

Como objetivo general, este artículo pretende analizar los presupuestos procesales y sustanciales para realizar el cobro de la cláusula penal sancionatoria por vía ejecutiva.

Para empezar el desarrollo de este artículo se iniciará con la conceptualización de la cláusula penal sancionatoria en el ordenamiento jurídico colombiano, luego se analizarán los pronunciamientos de la jurisprudencia frente al tema de la cláusula penal sancionatoria, posteriormente se determinarán las características jurídicas para que la cláusula penal sancionatoria sea cobrada por vía ejecutiva. Por último se ofrecerán algunas conclusiones sobre el desarrollo de la investigación.

Este artículo se dirige en especial a los abogados litigantes para que cuenten con una herramienta sólida y verídica en la aplicación correcta el cobro de la cláusula penal sancionatoria en el proceso ejecutivo y no se rechace por falta de presupuestos sustanciales. En otras palabras, se pretende explicar y detallar la naturaleza de la cláusula penal sancionatoria para que al presentarse la demanda se tenga claridad de los presupuestos procesales necesarios.

2. CONCEPTUALIZACION DE LA CLÁUSULA PENAL SANCIONATORIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

La cláusula penal está constituida por unos presupuestos procesales contemplados en la doctrina y el Código Civil. Estos hacen referencia al momento en que se debe exigir el cumplimiento, el límite pecuniario, los derechos pecuniarios que tiene el acreedor con ocasión de la cláusula penal, la simultaneada entre la exigencia de cláusula penal y la exigencia de la obligación principal. Así mismo examinados desde la Constitución de 1991 como garante de los derechos y de la participación ciudadana analizada desde la autonomía de la voluntad.

En términos del artículo 1592 del Código Civil “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal” (Código civil), es la consecuencia al incumplimiento por una de las partes en los contratos.

De este artículo se puede inferir que la función principal de la cláusula penal es asegurar de manera anticipada el cumplimiento de un contrato toda vez que de no cumplirse o de cumplirse de manera deficiente se deberán asumir los daños en que se pudieron incurrir para una de las partes.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la cláusula penal cumple tres funciones:

- (i). Servir de apremio al deudor;
- (ii). Servir de garantía o caución, y

(iii). Estimar anticipadamente los perjuicios.

En concordancia con lo anterior la Corte Constitucional ha realizado diversos pronunciamientos donde ratifica que la cláusula penal por regla general es una tasación anticipada de perjuicios y que bajo ningún precepto está debe ir detrimento de una de las partes y mucho menos en perjuicio de terceros que no intervinieron en el contrato.

En términos de Corte Constitucional según el pronunciamiento Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996. Expediente 4607. MP. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO La cláusula penal es:

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 en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de 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”.

La anterior definición es consecuente con el Código de Comercio:

ARTÍCULO 867: CLAUSULA PENAL: 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.

Del anterior artículo se concluye lo siguiente:

1. La cláusula penal es irrenunciable cuando no se haya cumplido la obligación principal o cuando el deudor de la prestación se encuentre en mora
2. Las clausulas penales nunca podrán ser superiores a la obligación principal cuando se trate de dinero
3. Cuando la cláusula es excesiva podrá el Juez determinar lo justo que deberá pagar el deudor al acreedor.
4. La cláusula penal puede ser sancionatoria o una tasación anticipada de perjuicios.

Según el ordenamiento jurídico colombiano por regla general la cláusula penal es una tasación anticipada de los perjuicios que se llegaren a ocasionar por el incumplimiento de un contrato. De esta manera se libera al acreedor de la necesidad y la laboriosa tarea de demostrar el daño toda vez que, una vez pactados ambas partes están aceptando de manera tácita la cuantía del daño salvo casos excepcionales donde será necesaria la intervención del Juez.

Sin embargo, en los negocios jurídicos bilaterales las partes de manera facultativa podrán expresamente determinar el carácter sancionatorio so pena de que se tome como tasación anticipada de perjuicios tal cual como lo estipula el 1600 del Código Civil.

No obstante la jurisprudencia de la Corte Suprema en varias ocasiones ha reconocido que la cláusula penal propiamente queda reservada a la voluntad de las partes según sus intereses particulares cuál será el tratamiento que se le asignará según la relación contractual, es decir, si será la tasación anticipada de perjuicios o si será una cláusula sancionatoria.

Así mismo, la Corte Suprema a dispuesto que si las partes del contrato de manera inequívoca establecen que el cumplimiento de la cláusula penal no exime del pago de los perjuicios. Por esta razón se entenderá que la cláusula es tomada como una cláusula penal sancionatoria no lo exonera del pago de perjuicios.

Las cláusulas penales sancionatorias son disposiciones contractuales que estipulan las partes de un negocio jurídico para promover el cumplimiento de las obligaciones consignadas en el negocio. En virtud de las necesidades las partes podrán de manera deliberada tasar la sanción siempre y cuando la tasación no exceda el duplo de la obligación principal, como lo preceptúa la ley:

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 (Código Civil, artículo 1601)

Inclusive Ospina Fernández, afirma que la cláusula penal sancionatoria:

Surge también esta característica de la propia definición legal que subordina el pago de la pena al incumplimiento o al retardo de la obligación principal (art. 1592). Trátase, por tanto, de una condición, ya que al tiempo de pactarse la cláusula penal, no se sabe si el deudor habrá de cumplir o no esa obligación principal en la forma y tiempo debidos (art. 1530). Además, la condición de que se trata es suspensiva porque la obligación penal a ella subordinada no nace ni se hace exigible sino por el cumplimiento de esa condición (incipit a conditione) (art. 1536). Por ello dispone el artículo 1594: “Antes de constituirse el deudor en mora [si la obligación es positiva], no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...”. Esto es claro: la obligación penal todavía no ha nacido. Y si la obligación principal es negativa, mientras el deudor no realice el hecho prohibido, el acreedor tampoco puede exigir la pena, porque, según las voces del artículo 1595, en esta solo se incurre “desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse.

Dicho de otro modo, la estipulación sancionatoria queda al arbitrio de la relación negocial siempre y cuando se cumplan los requerimientos del Código Civil.

Así mismo su naturaleza es accesoria toda vez que depende que la obligación principal no se haya cumplido o se cumpla de manera parcial para hacer efectivo su cumplimiento. A su vez, es suspensiva porque depende que un hecho futuro e incierto suceda para que el deudor de la obligación se constituya en mora y así exigir su ejecución, sin que por esto se extinga la obligación principal.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA PENAL SANCIONATORIA

Los presupuestos y consideraciones de la cláusula penal que se establecen en términos del código civil y del código de comercio, como lo son: el momento en que debe exigirse, el límite pecuniario, los derechos pecuniarios que tiene el acreedor con ocasión de la cláusula penal, la simultaneidad entre la exigencia de cláusula penal y la exigencia de la

obligación principal. Todos estos presupuestos son desarrollados y analizados por las Cortes y la doctrina.

En relación con este tema la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado y ha desarrollado la cláusula penal como una institución jurídica, como mecanismo sancionatorio por el incumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos. En varias ocasiones la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido que la cláusula penal propiamente queda reservada a la voluntad de las partes según sus intereses particulares.

Al mismo tiempo la Constitución política de Colombia como garante de los derechos, la participación ciudadana y “la autonomía de la voluntad privada como la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación” (Sentencia C-934/13)

En efecto La Corte Suprema de justicia. — sala de casación civil en sentencia SC 344509 de 1976 ratifica que la autonomía de la voluntad privada en la contemporaneidad permite que la literalidad contractual obligue a los contratantes, obligando a los jueces a fallar según estos acuerdos de voluntades tal y como lo preceptúa el artículo 1602 del código así:

Con respaldo en el clásico principio de la soberanía contractual, las personas; gozan de la facultad para celebrar toda clase de pactos o convenciones, con tal que en sus acuerdos no se desconozcan el conjunto de normas que toquen con el orden público y con las buenas costumbres y, en dicho evento el ordenamiento les imprime fuerza de ley, pues sobre el particular dispone el artículo 1602 del Código Civil que todo contrato legalmente celebrado es una; ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento, o por causas legales.

En esta perspectiva en diversos pronunciamientos de la Corte se enfatiza que son las partes de un contrato quienes tienen la libertad para determinar el carácter sancionatorio de la cláusula penal. Al respecto la Magistrada Margarita Cabello Blanco en sentencia SC170-2018 basándose en el expediente 4607 sentencia de Casación civil del 23 de mayo de 1996 argumenta que:

Para que la ley excluya la posibilidad de 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.

Así mismo lo ratifica la Corte Suprema de justicia en palabras del Magistrado ponente Alberto Ospina Botero que para evitar “un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena” (Art. 1594 del C.C). Así mismo el Magistrado en sentencia SC 07-10-1976 manifiesta:

Que no se puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza sancionatoria, pues en uno y otro evento si puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones.

La Sentencia. Cas. Civil. de 23 de mayo de 1996, Expediente. 4607 indica que:

la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de 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.

Por consiguiente, la libertad que otorga la legislación Colombiana en el derecho privado, permite que las partes con la intención de sanear el contrato en el

evento de que se presente un incumplimiento la responsabilidad para determinar la naturaleza de la cláusula penal.

La delimitación de la cláusula penal sancionatoria es una clara manifestación de la autonomía de la voluntad privada toda vez que es necesario validar la intención de los obligados en el contrato, reafirmado en sentencia 24 jul. 2012, rad. n.º 2005-00595-01 así:

Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5º y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse.

Sostiene a su vez la Corte Suprema de Justicia que la cláusula penal tiene una función “de manera polifuncional, pues junto con su carácter aflictivo, coexisten, a la par su condición de caución y la indemnizatoria, que suele deducirse de la regla contenida en el artículo 1594 en cuanto prevé que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos, a su arbitrio”(Corte, en fallo CSJ SC, 18 dic. 2009, rad. No. 2001-00389-01).

Como se observa, la cláusula penal en nuestro ordenamiento jurídico ha sido una institución más desarrollada desde la Corte Suprema De Justicia En Sala Civil De Casación que desde la Corte Constitucional, las consideraciones y presupuesto de la cláusula penal con el fin de hacerla razonable y aplicarla al caso concreto.

A juicio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia No 6877 del 16 de mayo de 2002MP Jorge Santos Ballesteros:

“Para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra”.

En términos del artículo 1595 civil, es lo mismo sostener que cuando la obligación es de hacer (obligación positiva) la inejecución se presenta desde el momento en que se dejó de hacer, y cuando se trate de obligaciones de no hacer (obligación negativa), la inejecución se presenta cuando el deudor estando obligado abstenerse ejecuta la acción.

No obstante, a dispuesto la Corte que si las partes del contrato de manera inequívoca establecen que el cumplimiento de la cláusula penal no exime del pago de los perjuicios, se entenderá que su naturaleza será sancionatoria y podrán ser exigidos.(laudo arbitral, 3 de Noviembre de 2016, P. ÁLVARO CUBIDES CAMACHO).

De la misma manera es importante determinar que para realizar el cobro de la cláusula penal, el acreedor no podrá hacerlo a su arbitrio, deberá primero constituir en mora al deudor. A la luz del Código Civil ocurre en los siguientes casos:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Y a la luz del código general del proceso artículo 94 desde:

“La notificación del auto emisario de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación”

No obstante, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes “pueden fijar el orden en que deben ejecutarse sus obligaciones recíprocas” y en tal evento “se abre paso en la medida en que la parte excepcionante no se encuentre obligada a cumplir primero con sus obligaciones de acuerdo con lo estipulado o con la naturaleza de la convención” (Expediente 6877 del 16 de mayo de 2002).

Por último, es necesario establecer los límites pecuniarios de la cláusula penal sancionatoria, toda vez que no podrá ser superior a una cantidad equivalente al doble de la prestación principal (artículo 1601 Código Civil). Por consiguiente, la aplicación del principio de proporcionalidad y del artículo 1596 del Código Civil y el artículo 867 del Código de Comercio, es posible graduar el monto de la cláusula penal, para lo cual debe tenerse en cuenta el nivel del cumplimiento del contrato, que permitan a los jueces reducir un monto que se considere excesivo. “De ahí que cuando el acreedor acepta el cumplimiento parcial de la obligación principal, éste puede pedir el valor de la sanción convencional, pero únicamente en el equivalente a la parte incumplida (Corte suprema de justicia Expediente C-2589931030022005-00103-01 4 de diciembre de 2009)

4. COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL MEDIANTE EL PROCESO EJECUTIVO

El mecanismo para realizar el cobro de la cláusula penal sancionatoria ha sido objeto de estudio por diversos doctrinante y del cual se rescatan dos posturas.

La primera postura es aquella que indica que la cláusula penal sancionatoria solo puede ser cobrada por el proceso declarativo toda vez que se requiere probar el incumplimiento del contrato. Explica Ospina que por tratarse de una obligación accesoria y sometida a condición requiere que el deudor sea constituido en mora, toda vez que al momento de pactarse la cláusula penal no se sabe si el deudor habrá de cumplir o no la obligación principal en la forma y tiempo.

El Consejo de Estado en Sentencia 18410 de febrero 22 de 2001 sostiene esta postura al indicar que:

La cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente.

La otro postura es aquella que indica que la cláusula penal sancionatoria puede cobrarse por vía ejecutiva toda vez que tal y como lo preceptúa el artículo 488 del Código de procedimiento civil es una obligación expresa, clara y exigible, siempre y cuando el contrato que la contenga preste mérito ejecutivo, de conformidad con las normas procesales pertinentes, sin que sea necesaria la prueba del incumplimiento por parte del demandante,

ya que ese no es un supuesto que sea necesario examinar al momento de librar mandamiento de pago.

La sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado del 25 de mayo de 2006, radicación 1748 confirma lo anteriormente expuesto:

Puede ocurrir que el deudor deshonre su compromiso, de manera que el acreedor tiene el derecho a exigirle que le satisfaga su crédito, en forma inmediata, o reconviniéndolo para constituirlo en mora, según el caso. Ante la mora, el acreedor puede acudir al juez para pedirle que lo ejecute y obligue a cumplir con lo pactado, siempre que el correspondiente contrato preste mérito ejecutivo. Dicho de otra forma, en la medida en que el contrato reúna las condiciones para servir de título ejecutivo, las obligaciones que allí se encuentran pueden ser ejecutadas por el juez; pero si no tiene esta fuerza, entonces el acreedor cumplido debe proceder a instaurar un proceso judicial de conocimiento, para que el juez proceda a efectuar las declaraciones y condenas que se deriven del contrato y del incumplimiento.

Según el artículo El artículo 1602 del c.c. “el contrato es ley para las partes”, en él se delimita los derechos y las obligaciones de las partes que intervienen, es el documento que en principio es la prueba proveniente de los obligados. El documento escrito es la manifestación y materialización del derecho que allí se incorpora, debe reunir los requisitos exigidos por la ley para que pueda el acreedor exigir la obligación de hacer o no de hacer.

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él” (artículo Art. 422 del C.G.P). El Consejo de Estado lo define así: “la obligación debe ser clara, expresa y exigible para que del documento que la contenga, pueda predicarse la calidad de título ejecutivo. Si es clara debe ser evidente que en el título consta una obligación sin necesidad de acudir a otros medios para comprobarlo”. Así mismo manifiesta que “sea expresa se refiere a su materialización en un documento en el que se declara su existencia. Y exigible cuando no esté sujeta a término o condición ni existan

actuaciones pendientes por realizar y por ende pedirse su cumplimiento en ese instante”.
(Sentencia 1999-02657 de mayo 14 de 2014)

Por consiguiente la sala de casación civil en sentencia STC3298-2019 explica que la claridad en los títulos ejecutivos hacer referencia a que el documento que contenga la obligación sea “inteligible, inequívoco y sin confusión en el contenido y alcance obligacional de manera que no sea oscuro con relación al crédito a favor del acreedor y la deuda respecto del deudor”, al referirse a la expresividad precisa que “obligación debe ser explícita, no implícita ni presunta, salvo en la confesión presunta de las preguntas asertivas” finalmente la exigibilidad es la “obligación es pura y simple o de plazo vencido o de condición cumplida” que indica que de irrefutablemente se exige su cumplimiento.

En otras palabras, la obligación es clara en el sentido que solo hay opción de una única interpretación, es expresa cuando no se ha dejado implícito nada, por el contrario hay una obligación consiente y es exigible cuando puede demandarse el cumplimiento de la misma.

En concordancia con lo anterior, el contrato que cumpla las características anteriormente mencionadas, es el documento imprescindible que presta mérito ejecutivo toda vez que en él se incorpora el derecho, es una declaración, un acto jurídico, que expresa la voluntad de que se cumpla una prestación. Por esta razón, la cláusula penal sancionatoria cuya naturaleza es accesoria al contrato, se debe plantear que la finalidad es el cumplimiento de manera inmediata sin necesidad de constituir al deudor en mora, teniendo en cuenta que hace parte de un documento próvido que presta mérito ejecutivo.

Para identificar lo antes afirmado, se puede ejemplificar en el siguiente contrato de compraventa: Juan le vende a María un inmueble por valor de mil pesos, María se obliga a

pagar el precio del inmueble el día lunes 25 de octubre antes de las 3:00 pm, y en caso de no cumplirse con el pago en dicha hora y fecha, Juan y María estipulan una cláusula penal sancionatoria en favor de Juan por valor de quinientos pesos. En este ejemplo hay claridad en los sujetos, en la relación contractual vendedor y comprador, cual es el objeto que se vende, el precio y la fecha que se va a realizar el pago y en el momento en el cual María estaría en mora de pagar.

En consecuencia, si María para el día 25 de octubre a las 4:00 pm no ha realizado el pago, Juan podrá iniciar el cobro de la cláusula penal por el proceso ejecutivo toda vez que en la presentación de la demanda el Juez podrá evidenciar que hay una obligación clara, expresa y exigible, no hay duda frente a los sujetos procesales, es claro el objeto del contrato, quien el acreedor y quien es el deudor y la obligación está plasmada sobre el contrato de compraventa, documento que presta merito ejecutivo.

El acreedor cuenta con el documento privado que delimita claramente la obligación que en él se incorpora y cuenta con la acción para ejercer la sanción a su incumplimiento. Es importante resaltar que el incumplimiento se afirma, y será el acreedor quien excepcionalmente demuestre que si cumplió la obligación en el lugar y día estipulado. Por tanto con “la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, se produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor” (artículo 92 C.G.P) y afirmar que el acreedor se encuentra en mora de cumplir con su obligación.

Se puede concluir que la cláusula penal sancionatoria que se estipula en los contratos debe garantizar que su interpretación es la que consta en el documento, bajo ninguna circunstancia la manifestación de la voluntad que se plasma en el contrato puede ser objeto de diversas interpretaciones. Esto con el fin de que al presentar la demanda por medio del

proceso ejecutivo, se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo Art. 422 del C.G.P, logrando con ello celeridad en el cobro de las cláusulas penales sancionatoria.

5. CONCLUSIÓN

En el derecho privado, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, se ha logrado que en diversos contratos se delegue a las partes la responsabilidad de determinar las normas por las cuales se regirán las relaciones contractuales. La investigación y las diversas lecturas para desarrollar este artículo permiten concluir que la afirmación realizada por el código civil en su artículo 1602, el contrato es ley para las partes y solo son estas quienes pueden modificar sus cláusulas, es la evidencia de la libertad contractual que el ordenamiento jurídico le ha otorgado a los particulares.

La legislación colombiana ha estipulado que las cláusulas penales estipuladas en los contratos tienen dos significados diferentes, pueden ser tasaciones anticipadas de perjuicios según lo preceptuado por el artículo 94 del código general del proceso o puede ser una sanción que se impone a la parte que incumple el contrato. Cuando la cláusula se estipula como una sanción cumple una función de castigar a la parte que incumple con la obligación principal, permitiendo de manera anticipada que se tase la cuantía del castigo, evitando la ardua tarea a la parte cumplida determinar la cuantía de la sanción en un proceso.

La Doctrina ha determinado que las cláusulas penales sancionatorias son un remedio que tiene el acreedor frente al incumplimiento deliberado de la otra parte, no es una opción de cumplimiento al contrato inicialmente pactado, por el contrario, es una sanción que está a cargo de quien no cumpla la obligación o lo haga de manera defectuosa.

La cláusula penal sancionatoria, estipulada de manera correcta en un contrato ayuda a garantizar el cumplimiento de la obligación teniendo en cuenta que se tiene claridad del monto de la sanción en caso de incumplimiento, por consiguiente, podemos afirmar que las cláusulas penales son vinculantes. No obstante, puede ser a su vez una limitante al momento de contratar en el evento que su cuantía fuera muy onerosa.

El proceso declarativo ha sido el mecanismo por el cual se hacen efectivas las cláusulas penales sancionatorias, es el Juez quien debe declarar el incumplimiento de la obligación principal, constituir en mora al deudor para poder exigir el cumplimiento de la cláusula penal estipulada. La Jurisprudencia poco se ha pronunciado sobre el cobro de la cláusula penal en el proceso ejecutivo, los jueces son muy taxativos al dar cumplimiento al artículo 1608 numerales 2 y 3 del C.C.

La anterior implica que el cobro de la cláusula penal sancionatoria sea un proceso accesorio que deba iniciar la para la parte cumplida, viéndose, en la ardua tarea de verse en la obligación de iniciar el proceso declarativo, activando el aparato judicial de manera doble, invirtiendo valioso tiempo que puede ser utilizado de manera negativa por el deudor, toda vez que al notificarse del proceso declarativo puede disponer de sus bienes para no ser embargado y defraudar la relación contractual.

Las clausulas penales sancionatorias como se evidenció tiene características que siempre y cuando sean bien estipuladas se pueden cobrar perfectamente por el proceso ejecutivo. Más aún si se tiene en cuenta que su carácter es accesorio, siguen las características del contrato inicial, documento que presta merito ejecutivo al darse el incumplimiento por

una de las partes, la nueva obligación que se genera es clara, expresa y exigible, requisito para iniciar el proceso ejecutivo.

El proceso ejecutivo le permite al acreedor cumplido, de manera más ágil, realizar el cobro de la cláusula penal sancionatoria, toda vez que partiendo que ya es claro que hay incumplimiento, si se estipuló claramente la sanción al incumplimiento, se puede afirmar que no existe justificación alguna para iniciar un proceso declarativo, del cual ya se conoce desde el inicio la decisión judicial.

El proceso ejecutivo podría garantizar mayor protección y eficacia, como mecanismo para cobrar la cláusula penal sancionatoria. Es importante reconocer que la legislación Colombia prevé mecanismos suficientes para proteger los contratos, no obstante al momento de hacer efectivo el cobro de las cláusulas penales sancionatorias estipuladas en los contratos el proceso estipulado no facilita su exigibilidad.

A título de reflexión cuando nos referimos a las responsabilidades otorgadas a los particulares en el derecho privado, por no existir una normatización clara, se delega la facultad a las partes de determinar algunas responsabilidades contractuales, sin embargo, al momento de ejercer alguna acción de cumplimiento, se está en la obligación de acudir al sistema reglado que en muchas situaciones no ayuda al desarrollo económico y las garantías procesales para las partes.

Referencias bibliográficas

Bohorquez, A. Fragmento (2009). *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano*. Colombia: Doctrina Y Ley Ltda

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (3 de Noviembre de 2016) Laudo Arbitral. (Presidente ÁLVARO CUBIDES CAMACHO).

Congreso de la República de Colombia. (27 de marzo) Decreto 410 de 1971. Código de Comercio, artículo 867-868.

Congreso de la República de Colombia. Ley 57 de 1887. Código civil, artículo 1592-1593-1594.

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil (25, 05, 2006). Referencia Radicación 1.748 Número Único: 11001-03-06-000- 006-00050-00. (MP Enrique José Arboleda Perdomo) Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/sisjur/home/Norma1.jsp?i=21359>

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (22, 02, 2001) (C.P Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez). Referencia Radicación: 18410. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document.legis/sentencia-18410-de-febrero-22-de-2001?documento=jurcol&contexto=jurcol_27866dadee35434e9d037671a8871a2a&vista=STD-PC

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C (14, 05, 2014) Expediente Radicación 25000-23-26-000-1999-02657-02 (33.586). (MP. Enrique Gil Botero) Recuperado de

http://legal.legis.com.co/document.legis?documento=jurcol&contexto=jurcol_fb7d577ad0850394e0430a0101510394&vista=GRP-PC&q=&fnpipelines=DOC_HIGHLIGHTER

Contreras Calderón, J.A. (2012,12). LA TASACIÓN DE PERJUICIOS MEDIANTE CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO COLOMBIANO. Revista de Derecho Privado. (48), 10-13. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033219003.pdf>.

Contreras, J.A. (2012,12). LA TASACIÓN DE PERJUICIOS MEDIANTE CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO COLOMBIANO. Revista de Derecho Privado. (48), 10-13. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033219003.pdf>.

Corte Constitucional (11, 12, 2013) Sentencia C-934 (MP Nilson Pinilla) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-934-13.htm>

Corte Constitucional, Sala de Casación Civil. (23, 05, 1996) Sentencia 4607. (MP Carlos Jaramillo) Recuperado de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/subpage/exequatur/Providencias/S E%20\(19%2007%201994\)%20Estados%20Unidos.pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/subpage/exequatur/Providencias/S E%20(19%2007%201994)%20Estados%20Unidos.pdf)

Corte Suprema de Justicia (15 de febrero de 2018). Sentencia SC 170-2018. (M.P. Margarita Cabello Blanco) Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/SC170-2018-2007-00299-01.pdf>

Corte Suprema de Justicia (18,12, 2009) Radicado No 68001 3103 001 2001 00389 01 (MP Pedro Octavio Munar Cadena) recuperado de <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/-410740834>

Corte Suprema de Justicia Sala de casación Civil (04, 12, 2009) (M.P. Jaime Alberto Arrubla Palcar). Referencia expediente C-2589931030022005-00103-01. Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_civil_e._no._2589931030022005-00103-01_de_2009.aspx

Corte Suprema de Justicia Sala de casación civil (14, 03,2019) Referencia expediente Radicación n.º 25000-22-13-000-2019-00018-01 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona). Recuperado de https://datojuridico.com/sdm_downloads/corte-suprema-sentencia-stc3298-2019-14-03-2019/

Corte Suprema de Justicia, Sala civil. (7 de Junio de 2002). Sentencia 7320. (M.P Silvio Fernando Trejos Bueno) recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_75992041cf02f034e0430a010151f034

Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil (07, 10, 1976) Sentencia 25899 (MP Alberto Ospina Botero) Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920414407f034e0430a010151f034

Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil (15, 02, 2018) Sentencia C- 170 (MP Margarita Cabello Blanco) Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/SC170-2018-2007-00299-01.pdf>

Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil (23, 05, 1996) Sentencia 4607 (MP Carlos Esteban Jaramillo) Recuperado de

https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_civil_e._no._s-029-96_de_1996.aspx#/

Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil (31, 06, 2018) Sentencia C- 3047 (MP Luis Alonso Rico) Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/08/SC3047-2018-2013-00162-01.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de febrero de 2014). Sentencia T-09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-093-14.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (7 de octubre de 1976). (MP Alberto Ospina Botero) Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920414407f034e0430a010151f034

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (16, 05, 2002). Sentencia No 6877. (MP Jorge Santos Ballesteros). Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (06, 05, 2018). Sentencia SL2385-2018(MP Jorge Luis Quiroz Alemán) Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bsep2018/SL2385-2018.pdf>

Díaz, I. (2012,12, 23). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista De Derecho Privado*. (30), 127-17.

Franco, J.D. El mérito ejecutivo de la cláusula penal en Colombia. Recuperado de <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2652/Articulo%20publicable%20Juan%20David%20Franco%20Bedoya.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gaviria, J.A. (2019). El efecto de las cláusulas penales en las decisiones de incumplimiento. Un análisis de economía conductual. *Revista de Derecho Privado*, 59-92. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Juan_Gaviria9/publication/331382571_Version_publicada_El_efecto_de_las_clausulas_penales_en_las_decisiones_de_incumplimiento/links/5c76a239458515831f7544ad/Version-publicada-El-efecto-de-las-clausulas-penales-en-las-decisiones-de-incumplimiento.pdf

Juan Espinoza Espinoza* Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LA CLÁUSULA PENAL EN LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Hernán Corral Talciani
Profesor de Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad de los Andes.

Laudo Arbitral (03, 11, 2016) (P. Álvaro Cubides Camacho) recuperado de https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21251/4467_BIOMAX_BIO_COMBUSTIBLES_S.A._VS._JOSE_AGUSTIN_RODRIGUEZ_SILVA_03_11_16.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Polo, C.A. (2018,11,19) Incumplimiento esencial del contrato en la legislación civil y comercial colombianas a partir del moderno derecho de contrato. 9-68. Recuperado de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1270/1006>

Rojas, M. E. (2007) El proceso civil colombiano. Colombia: Ladiprint Editorial Ltda.