

## Aspectos problemáticos de la acumulación de la cláusula penal con otras figuras del derecho privado: Análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial del caso colombiano

Problematic aspects of the accumulation of the penalty clause with other figures of private law: Legislative, doctrinal and jurisprudential analysis of the Colombian case

Diego Alexander BERBESSI FERNÁNDEZ\*

**RESUMEN:** La cláusula penal es una figura cuya presencia es universal en el marco de las relaciones negociales. Esta figura tiene una naturaleza sui generis, pues les permite a las partes disciplinar su relación contractual de acuerdo a sus intereses a través de las distintas funciones que puede cumplir. Entonces, en aras de contribuir a un mejor entendimiento y mejoramiento de esta figura de uso recurrente, inicialmente veremos cómo ha sido concebida la naturaleza de esta figura dentro del ordenamiento jurídico colombiano, para posteriormente, tratar en específico algunos de los puntos que más controversia han suscitado alrededor de la cláusula.

**PALABRAS CLAVE:** Cláusula penal; estimación de perjuicios; obligación principal; resolución del contrato; intereses moratorios.

---

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: <dberbessi@gmail.com>. Fecha de recepción: 13/06/2023. Fecha de aprobación: 04/07/2023.

**ABSTRACT:** The penalty clause is a figure whose presence is universal in the framework of business relationships. This figure has a sui generis nature, since it allows the parties to discipline their contractual relationship according to their interests through the different functions that it can fulfill. So, in order to contribute to a better understanding and improvement of this figure of recurring use, initially we will see how the nature of this figure has been conceived within the Colombian legal system, to later deal specifically with some of the most controversial points that have raised around the clause.

**KEYWORDS:** Penalty clause; estimate of damages; main obligation; termination of the contract; default interest.

## I. INTRODUCCIÓN: LA NATURALEZA DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

**E**l Código Civil colombiano dispone en su artículo 1592 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”. Así, se define la cláusula penal desde un punto de vista particularmente punitivo, aunque no es el único, pues hoy es claro que la cláusula penal cuenta con una variada utilidad.

En efecto, en el ordenamiento colombiano se ha discutido ampliamente sobre cuál es la verdadera naturaleza de la cláusula penal, premisa a partir de la cual se han esbozado distintas posiciones doctrinal y jurisprudencialmente que vale la pena recoger. Esta divergencia de posiciones puede explicarse en la misma evolución histórica de la figura, la cual empieza en el derecho romano con una función prevalentemente punitiva y luego, en el marco del Código Civil francés de 1804 vino a ser desplazada por el carácter de reparación o indemnización de perjuicios<sup>1</sup>.

Pues bien, en primer lugar, están quienes propugnan por la tesis según la cual la cláusula penal debe ser vista como una mera estimación anticipada de perjuicios. Dentro de este grupo, se encuentran autores tales como Valencia Zea y Ortiz Monsalve<sup>2</sup>, quienes sostienen que la cláusula penal es siempre un avalúo anticipado de perjuicios resultantes de la infracción del contrato. Fernando Hinestrosa, en esta misma línea, entiende la cláusula penal desde su función indemnizatoria, es decir, para él, la cláusula penal no es más que una estimación anticipada de perjuicios

---

<sup>1</sup> Cfr. PEIRANO FACIO, Jorge, *La cláusula penal*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1983, p. 105.

<sup>2</sup> Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil, Tomo III, De las obligaciones*, Bogotá, Temis, 2015, p. 398.

ante el incumplimiento o mora que se ha ocasionado por el deudor incumplido<sup>3</sup>.

Jurisprudencialmente también se ha apoyado dicha tesis, pues se en alguna ocasión la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la cláusula penal es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma<sup>4</sup>. En este sentido, se ha dicho que la cláusula penal debe ser vista como una prestación compensatoria de daños y perjuicios que sufre la parte contratante cumplida<sup>5</sup>.

Hay también quienes sostienen, basados en la reglamentación legal de la figura, que la cláusula únicamente tiene naturaleza sancionatoria. En este sentido, Pérez Vives afirma que la cláusula penal no se le debe confundir ni con la limitación ni con la liquidación anticipada de perjuicios, sino que es una figura que conserva su fisonomía de sanción<sup>6</sup>.

Por su parte, están quienes propugnan la naturaleza única de la cláusula penal como garantía accesoria. Según esta posición, de origen eminentemente jurisprudencial, se indica que en nuestro medio, dada la definición otorgada por el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal debía ser entendida exclusivamente

---

<sup>3</sup> Cfr. HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*, vol. I., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 1182.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 27 de diciembre de 1974. M.P: Luis Sarmiento Buitrago. En este mismo sentido también véase Sentencia del 24 de mayo de 2000 Exp. 5439. M.P: Manuel Ardila Velásquez.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996. Exp. 4607. M.P: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>6</sup> Cfr. PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría General de las Obligaciones*, vol. III, *Parte Segunda*, Bogotá, Temis, 1955, p. 136.

como una garantía, al disponer el mentado artículo que ella tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación principal<sup>7</sup>.

También la cláusula penal ha sido entendida con una doble funcionalidad, esta es, la de servir al tiempo como un modo de coacción contra el deudor para el cumplimiento de la obligación o bien como una indemnización debida al acreedor no sólo por el incumplimiento sino también si ha incurrido en mora<sup>8</sup>, dejando de lado su naturaleza de garantía accesoria de la obligación principal.

Por último, se encuentra la que ha sido denominada como la tesis de la polifuncionalidad, que es la que más goza de aceptación hoy en día. La primera vez que se planteó, se dijo que la función de la cláusula penal en últimas depende de los intereses de las partes, y en ese sentido podría cumplir con distintas funciones, tales como servir de apremio al deudor, de garantía o caución o bien como una estimación anticipada de perjuicios<sup>9</sup>.

Esta posición, que es ya reiterada en la jurisprudencia moderna<sup>10</sup>, explica que la cláusula penal no puede ser reducida a una mera estipulación antelada de perjuicios hecha por las partes. Lo anterior, debido a que es claro que ella cumple con más funciones que el mismo ordenamiento jurídico reconoce, y por ello es que a dicha cláusula no se le puede aplicar estrictamente las reglas y

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 1961. M.P: Enrique López de la Pava.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 1947. M.P: Manuel José Vargas.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 1976. M.P: Alberto Ospina Botero. Reiterada por Sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7320. M.P: Silvio Trejos Bueno.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Exp. 68001 3103 001 2001 00389 01. M.P: Pedro Octavio Munar.

principios que rigen la indemnización de perjuicios, pues si así se hiciera, muchos de ellos serían incompatibles entre sí<sup>11</sup>.

En este mismo sentido, doctrinalmente autores como Ospina Fernández<sup>12</sup> sostienen que en Colombia no es de recibo la opinión según la cual la cláusula penal quede reducida solo al campo de la estimación anticipada de perjuicios causados por el incumplimiento, sino que por el contrario, esta figura cumple con otras funciones que se derivan de su evolución histórica, específicamente en el derecho romano e hispano, a saber: un medio de apremio para el deudor o de caución o garantía para el cumplimiento de la obligación.

## II. CLÁUSULA PENAL COMPENSATORIA Y CLÁUSULA PENAL MORATORIA: DISTINCIÓN NECESARIA

En la práctica, las cláusulas penales suelen ser pactadas “por todos los perjuicios derivados del incumplimiento”, sin embargo, no se puede entender que allí se encuentren comprendidos tanto los perjuicios compensatorios como los moratorios. De ahí que surja la distinción a entre cláusula penal compensatoria y moratoria: La primera se refiere a la estimación de los perjuicios compensatorios, para el evento del incumplimiento del convenio, y la segunda, se refiere a la estimación de los perjuicios moratorios para el evento de la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo<sup>13</sup>.

Así las cosas, la cláusula penal compensatoria se da cuando el incumplimiento es definitivo y en tal caso, se deberá pagar el total del monto acordado una vez la pena se cauce; de ello nace la

---

11 *Idem.*

<sup>12</sup> Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Temis, p.146.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2018. SC3047-2018. M.P: Luis Alonso Rico Puerta.

posibilidad de cobrar la pena o la obligación principal, a menos que exista una estipulación en contrario que permita exigir ambas<sup>14</sup>. Por su parte, la cláusula penal moratoria no requiere del incumplimiento definitivo del convenio, sino que basta con el mero retardo del deudor en el cumplimiento de la obligación, caso en el cual el deudor puede cumplir con la obligación y se hace exigible la cláusula penal que se haya acordado<sup>15</sup>.

Lo anterior encuentra sustento normativo en el artículo 1594 del Código Civil, el cual dispone que, por regla general, “no puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo(...)”. De la anterior norma es dable concluir que la cláusula penal también es por regla general compensatoria, pues en concepto de la ley la cláusula penal comprende el valor de la obligación y los perjuicios provenientes de la inejecución, es decir, que los perjuicios son compensatorios, salvo que las partes hayan que la pena se debe por el simple retardo, caso en el cual los perjuicios a indemnizar serán los moratorios<sup>16</sup> y la cláusula penal adoptará el nombre de moratoria.

---

<sup>14</sup> Cfr. HINESTROSA, Fernando, *op. cit.*, p. 559.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 559-560.

<sup>16</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Bogotá D.C. Sentencia del 9 de Septiembre de 1997. M.P: Edgar Carlos Sanabria Melo

### III. LA COMPATIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL CON OTRAS FIGURAS DEL DERECHO PRIVADO

#### A) LA ACUMULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Para tratar este punto, es menester primero dejar clara la diferencia existente entre pena y perjuicio, conceptos que muchas veces se les suele confundir a pesar de corresponder a conceptos jurídicos distintos. Por un lado, los perjuicios, en el marco de una relación contractual, comprenden la totalidad de daños patrimoniales en abstracto que se deriven del incumplimiento del contrato. La pena, por su parte, corresponde es una antelación de los perjuicios que las partes acordaron y que constituye en últimas una cláusula penal<sup>17</sup>.

Entonces, debido a que una de las funcionalidades de la cláusula penal es servir como una liquidación anticipada de perjuicios que hacen las partes convencionalmente, resulta lógico que por ello el acreedor no puede, en principio, acumular la pena con la indemnización de perjuicios<sup>18</sup>, pues permitirlo sería tanto como propiciar una doble satisfacción de los perjuicios ya que ambos conceptos son modalidades para procurar dejar indemne el patrimonio del afectado<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 junio de 1958. M.P: Ignacio Escallón.

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1961. M.P: Gustavo Fajardo Pinzón. El artículo 1600 del Código Civil dispone: “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.”

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de febrero de 2018. SC170-2018. M.P: Margarita Cabello Blanco.

Empero, si bien la ley colombiana excluye la posibilidad de que se acumulen la pena con la indemnización de perjuicios, ello es permitido en tanto medie pacto inequívoco en ese sentido. En este punto, no se debe confundir la facultad otorgada por el artículo 1594 del Código Civil en tanto se permite la acumulación de la obligación principal con la pena cuando esta última se hubiere estipulado por el simple retardo, pues ello no quiere significar que se pueda exigir la pena junto con la indemnización de perjuicios, pues para que ello proceda es necesario que entre las partes medie pacto expreso, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1600 del Código Civil<sup>20</sup>.

Ahora bien, cuando las partes hubieren pactado expresamente la acumulación entre la pena y la indemnización de perjuicios, la jurisprudencia mayoritariamente<sup>21</sup> ha entendido que la cláusula penal dejará de ser vista como una liquidación adelantada de perjuicios para tener así una naturaleza sancionatoria convencional y pasa a cumplir con una función compulsiva destinada a compeler al deudor a cumplir con el contenido contractual.

Sin embargo, se considera que no siempre es así, pues puede suceder que las partes hayan pactado una cláusula penal acumulativa con la indemnización de perjuicios, y que el valor pactado como pena no sea suficiente para resarcir estos últimos. En este supuesto, la cláusula penal sigue siendo vista como una liquidación adelantada de perjuicios, pero que se ve complementada con la petición del acreedor de pedir una reparación adicional de los mismos, porque considera que lo reparado con la pena no es suficiente. Entonces pues, nada impide que se reconozca el valor de los perjuicios reales demostrados en concreto y cuya causa se en-

---

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1961. M.P: Gustavo Fajardo Pinzón.

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996. Exp. 4607 M.P: Carlos Esteban Jaramillo.

cuentre en el mismo incumplimiento del contrato<sup>22</sup>. Por lo cual, bien puede suceder que el juez pueda reconocer a título de daños y perjuicios un valor mayor al de la pena, pero ello no constituye una excepción al principio de inmutabilidad, pues los perjuicios adicionales que se hubiere reconocido, serían diferentes a los compensados mediante la cláusula penal<sup>23</sup>.

Vale la pena en este punto traer a colación una figura vigente en el derecho italiano llamada pacto de resarcibilidad del daño ulterior, dispuesto en el artículo 1382 del Código Civil de ese país. En efecto, como las partes no pueden prever la magnitud del daño que se producirá producto del incumplimiento, se permite expresamente que además del cobro de la cláusula penal, el acreedor pueda pedir el valor de los perjuicios que en realidad se le hubieren causado cuando medie pacto expreso<sup>24</sup>.

Nótese que, a diferencia de la posición mayoritaria en el derecho colombiano, cuando la cláusula penal se acumula con la indemnización de perjuicios, ella no pasa a ser vista como una sanción, sino que sigue siendo una estimación anticipada de perjuicios, pues en últimas el acreedor sólo puede pedir los perjuicios que estimare no se le indemnizaron con el cobro de la cláusula, eso sí, asumiendo su prueba. Por ello, el deudor puede controvertir la existencia y/o cuantía del daño ulterior pero no el que ya se ha cubierto con la pena<sup>25</sup>. Esta figura bien convendría adoptarla en el ordenamiento colombiano, pues no se ve razón alguna para que el acreedor pueda tomar el valor de la cláusula penal como

---

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de diciembre de 1954. M.P: José Hernández Arbeláez.

<sup>23</sup> Cfr. CEPEDA ANDRADE, Sandra y FORERO TAPIERO, Nadia, *La Cláusula Penal*, Tesis para optar por el título de abogada, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, 2002, p. 89.

<sup>24</sup> Cfr. GRASSETI, Cesare, *Enciclopedia del diritto*, t. VII. Clausola del Negozio, Clausola Penale, pp. 186-195, s.f, p. 193.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 193.

una especie de anticipo de los perjuicios que ha sufrido<sup>26</sup> y pedir ante el juez los restantes.

También puede suceder que el valor acordado como pena entre las partes sea menor al valor de los perjuicios que en realidad se causaron ante el incumplimiento contractual y que las partes no hayan pactado la posibilidad de acumularla con la petición de indemnización de perjuicios, caso en el cual la cláusula penal no cumpliría adecuadamente su función de servir como estimación anticipada de los mismos. Dado lo anterior, se ha entendido pacíficamente en la doctrina y la jurisprudencia que la ley ha dejado al arbitrio del acreedor escoger entre la pena o perseguir la indemnización de los perjuicios efectivamente ocasionados<sup>27</sup> (Artículo 1600 del Código Civil). La diferencia entre una y otra opción recae en que si escoge la cláusula penal no tendrá que demostrar la causación del daño ni su cuantía, mientras si opta por la segunda opción, en el sí corre la carga de acreditar la ocurrencia de los perjuicios y su monto<sup>28</sup>.

Por último, la diferenciación antes hecha entre pena y perjuicios cobra especial relevancia debido a que no es suficiente con que las partes pacten expresamente que se pueden acumular el cobro de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios, sino que tal diferenciación así debe ser dispuesta en el *petitum* que se haga ante al juez<sup>29</sup>. Es decir, en caso de que así se haya pactado,

---

<sup>26</sup> Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato. Tomo I*, trad. de Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 132.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 Junio de 1958. M.P: Ignacio Escallón.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2021. SC5185-2021. M.P: Álvaro Fernando García Restrepo. En este mismo sentido también véase Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7320. M.P: Silvio Trejos Bueno.

<sup>29</sup> Así lo da a entender la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Véase Sentencia del 2 de junio de 1958. *Op. cit.*

se debe pedir por una parte el valor estipulado por concepto de cláusula penal y a su vez, los perjuicios que se hayan causado, pues de lo contrario, la jurisprudencia<sup>30</sup> ha entendido que se renuncia a la estipulación contractual al demandar únicamente uno de los dos conceptos.

Este entender, a mi parecer, es errado. No se puede entender que el demandante, por el simple hecho de no pedirlo así en la demanda renuncie a una estipulación contractual, pasando por alto por completo el pacto hecho por las partes, y haciendo que sus disposiciones contractuales en últimas sean entendidas como al juez bien le parezca. Hay que diferenciar entre la realidad jurídica objetiva que se presenta en los hechos que efectivamente ocurrieron y otra distinta es el deber del juez de seguir la regla del proceso civil de dictar el fallo conforme a las pretensiones y excepciones hechas por las partes y los fundamentos fácticos en que se basan (principio de congruencia), sin que le sea permitido reconocer más de lo pedido<sup>31</sup>, deber que no elimina lo efectivamente dispuesto por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

## B) LA ACUMULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL CON LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

A la luz del artículo 1594 del Código Civil<sup>32</sup>, antes de que el deudor se hubiere constituido en mora, el acreedor únicamente puede pe-

---

reiterada por Sentencia del 23 de mayo de 1996.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996. Exp. 4607 M.P: Carlos Esteban Jaramillo.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de marzo de 2021. SC- 776-2021 M.P: Francisco Ternera Barrios.

<sup>32</sup> Este artículo dispone: “Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo 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 cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse

dir el cumplimiento de la obligación principal. Ello hay que leerlo en concordancia con el artículo 1595, cuando estipula que la pena se causará únicamente cuando el deudor se hubiere constituido en mora tratándose de una obligación positiva, es decir, de dar o hacer. Algunos autores como Uribe-Holguín<sup>33</sup> censuran que el artículo 1594 omitió la posibilidad de que la prestación consista en una obligación de no hacer, sin embargo, señala que tal omisión se subsana si entiende este artículo en concordancia con el inciso final del 1595, que establece que tratándose de una obligación negativa, se debe la pena desde que se ejecuta el hecho. Por lo que se debe concluir que antes de que el deudor se constituya en mora o antes de que se ejecute el hecho que está obligado a abstenerse, sólo se puede demandar el cumplimiento de la obligación principal, pero no la pena.

Ahora bien, cuando el deudor se hubiere constituido en mora (tratándose de una obligación positiva) o haya ejecutado el hecho (en caso de una obligación negativa), en principio, el acreedor no puede pedir al tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio. Ello se puede explicar porque en concepto del legislador, la cláusula penal comprende el valor de la obligación y también los perjuicios provenientes de la inejecución, es decir, se presume en últimas que la cláusula penal tiene naturaleza compensatoria<sup>34</sup>, en tanto reemplaza a la obligación principal y repara todos los daños<sup>35</sup>, por

---

estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”

<sup>33</sup> Cfr. URIBE-HOLGUIN, Ricardo, *De las Obligaciones y Contratos en General*, Bogotá, Temis. 1982, p. 137, citado en CEPEDA ANDRADE, Sandra y FORERO TAPIERO, Nadia, *op. cit.*, p. 33.

<sup>34</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Bogotá D.C. Sentencia del 9 de septiembre de 1997. M.P: Edgar Carlos Sanabria Melo

<sup>35</sup> Cfr. SUESCÚN MELO, Jorge, *Revista de Derecho Privado*, núm. 12, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, pp. 156-157

lo que de permitir tal acumulación, se estaría permitiendo que el acreedor reciba una doble satisfacción de su derecho<sup>36</sup>.

Así pues, por regla general, el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación principal y de la cláusula penal (Principio de no acumulación). Sin embargo, la anterior regla cuenta con dos excepciones: que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo o cuando se hubiere estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal<sup>37</sup>. Estas excepciones, en últimas indican que se le faculta al acreedor para exigir la obligación y los perjuicios provenientes del incumplimiento, es decir, los moratorios<sup>38</sup>.

A pesar de ello, hay quienes niegan la naturaleza excepcional de tales supuestos y predicán que el principio de no acumulación rige en forma absoluta, pues tal principio en verdad quiere indicar que no se puede pedir al mismo tiempo la ejecución forzada de la obligación y la pena pactada para avaluar perjuicios de su inejecución<sup>39</sup>. En efecto, si se mira desde ese punto de vista:

- En el supuesto que la cláusula penal se haya estipulado por el simple retardo, en realidad allí la pena no se previó para el incumplimiento definitivo de la obligación principal sino solo para el incumplimiento por el pago oportuno, por lo que es natural que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación principal y cobrar los perjuicios por mora que se hayan estipulado de manera antelada mediante la cláusula penal<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Bogotá D.C. 22 de octubre de 1998. M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1952. M.P: Alberto Holguín Lloreda.

<sup>38</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Bogotá D.C. Sentencia del 9 de septiembre de 1997. M.P: Edgar Carlos Sanabria Melo

<sup>39</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La Cláusula Penal en la Resolución del Contrato", *Estudios Jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez, Enrique Alcade y Hugo Fábrega*, Santiago, Universidad del Desarrollo, 2009, p. 345.

<sup>40</sup> *Idem*.

- Para el caso en que las partes hayan pactado expresamente tal acumulación, la cláusula penal adopta una naturaleza penitencial o punitiva, cuya función no es resarcir perjuicios sino castigar la conducta del deudor que ha incumplido. Por ello, en tal caso, siendo una sanción, es lógico que la cláusula penal se acumule con la posibilidad del acreedor de pedir el cumplimiento de la obligación principal<sup>41</sup>.

Esta posición se estima la correcta, pues si la razón de ser del legislador en estipular en el principio de no acumulación, como se ha entendido por la jurisprudencia, obedece a que la cláusula penal incluye el valor de la obligación principal y los perjuicios y evitar así una doble satisfacción en los derechos del acreedor, en últimas se está viendo la cláusula penal como una estimación anticipada de los mismos. Por lo que bien se puede decir que el principio de no acumulación en realidad rige en términos absolutos, pues es cierto que en ningún caso se quebrantará la máxima de no poder pedir al mismo tiempo la obligación principal y la pena pactada para avaluar los perjuicios por su inejecución.

Por último, en cuanto a primer supuesto es decir, que se hubiere estipulado la cláusula penal “por el simple retardo”, cabe resaltar que la ley no exige mayores formalidades, es decir, no se exige que se pacte de manera expresa, por lo que en caso de que no se sepa con claridad la naturaleza de la pena, habrá que buscar cual fue la verdadera intención de las partes al momento de contratar<sup>42</sup>. Al respecto, Alessandri afirma que ella “se puede deducir de las diversas cláusulas del contrato, como por ejemplo, en el caso en que la pena fuera infinitamente inferior a la obligación principal, podría presumirse que la pena se ha estipulado por el simple retardo y no para indemnizar toda la obligación”<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> Cfr. CEPEDA ANDRADE, Sandra y FORERO TAPIERO, Nadia, *op. cit.*, p. 99.

<sup>43</sup> Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones*, Santiago, Imprenta el esfuerzo, 1970, p. 137. Citado en CEPEDA ANDRADE, Sandra

### C) LA ACUMULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL CON LA PETICIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La cláusula penal, como ya se ha dejado por sentado, es un mecanismo de autotutela privada que las partes de un contrato pactan, y que puede cumplir con distintas funcionalidades, a saber: 1) Servir de garantía o caución de la obligación principal 2) Servir como sanción al deudor incumplido y 3) Un mecanismo de estimación adelantada de perjuicios que se pueden causar por el incumplimiento del contrato hecho por las partes.

Por su parte, comoquiera que todo contrato es ley para las partes, ellas deben procurar dar cumplimiento a lo estipulado. Por ello, el ordenamiento jurídico les concede mecanismos de tutela de la relación obligacional para el caso en que se presente un incumplimiento por parte de una de ellas, tal como el dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil<sup>44</sup>, que consagra la llamada cláusula resolutoria tácita. Dicha estipulación le da la potestad al contratante cumplido frente a quien incumple de hacer uso de un derecho alternativo para restablecer el equilibrio contractual de exigir coactivamente, el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos, con la indemnización de perjuicios<sup>45</sup>.

Pues bien, cabe entonces preguntarse qué sucede cuando en el marco de una relación contractual en que medie cláusula penal, el acreedor pida la resolución del contrato ante el incumplimiento: ¿Qué pasa entonces con la pena? ¿Son compatibles ambas figuras?

Para responder estos cuestionamientos, hay primero que delimitar el alcance de la cláusula penal y la resolución del contrato:

---

y FORERO TAPIERO, Nadia, *op. cit.*, p. 99.

<sup>44</sup> Este artículo consagra: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de abril de 2014. SC4420-2014. M.P: Luis Armando Tolosa Villabona.

Ambas figuras comparten el hecho de que tienen como causa el incumplimiento, sin embargo, a pesar de tal semejanza, son instituciones distintas. Conviene entonces hacer dos precisiones:

1) En primer lugar, la cláusula penal no implica la resolución del contrato ni envuelve en sí un pacto comisorio<sup>46</sup>: Ese punto no ha sido del todo pacífico, pues cuando la cláusula penal es compensatoria, es decir, teniendo por objeto reemplazar la obligación principal y resarcir los daños producto del incumplimiento, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la pena, no se le podría obligar al deudor a cumplir con la obligación principal<sup>47</sup> (Artículo 1594 del Código Civil), lo cual ha hecho que se diga que la pena que tenga un efecto parecido al de resolución del contrato toda vez que deja la obligación principal sin efectos. Sin embargo, no hay que olvidar que no es la cláusula penal la que produce la resolución sino que lo es el incumplimiento<sup>48</sup> pues de otra manera no se explicaría el que sea perfectamente posible que un acreedor pida la resolución del contrato y no la cláusula penal y del mismo

---

<sup>46</sup> Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La Cláusula Penal: Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 255.

<sup>47</sup> OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario, “La funcionalidad de la cláusula penal”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 47, 2016, p. 38. Estos autores le asignan una especie de función resolutoria a la cláusula penal compensatoria: “Como se sabe, la cláusula penal compensatoria tiene por finalidad sustituir la prestación incumplida. En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal. (...) En tal sentido, dicha situación podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, pero sin ser, en estricto, un caso de resolución contractual.”

<sup>48</sup> Cfr. LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. Tomo I*, Buenos Aires, Edición Perrot, 1967. Citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La Cláusula penal y la resolución del contrato*, 1979, p. 96.

modo, que pida el cumplimiento de la cláusula penal pero no la resolución del contrato<sup>49</sup>.

2) Como segunda consideración, la cláusula penal no implica la renuncia a la acción resolutoria en razón de que las renunciaciones no se presumen; por el contrario, el hecho de pedir la pena en nada le quita al acreedor el derecho legal que le asiste de optar por resolver el contrato<sup>50</sup>.

Puesto de presente lo anterior, se pasarán a exponer las dos tesis que responden los interrogantes antes planteados de manera negativa, es decir, los principales argumentos que se han dado para sostener que cuando el acreedor pide la resolución del contrato, no puede pedir también la cláusula penal.

En primer lugar, están quienes, aludiendo a la accesoriedad de la cláusula penal, sostienen que si se extingue la obligación principal ante la resolución del contrato, igual destino debe tener la cláusula penal<sup>51</sup>. Además, debido a que la resolución tiene como efecto la extinción retroactiva del contrato, teniendo que volver al estado anterior de cosas en que se encontraban, la cláusula penal se debe entender por no celebrada, imposibilitando su cobro tras la resolución contractual<sup>52</sup>. En contra de esta posición, se sostuvo que el efecto retroactivo de la resolución tiene como objetivo corregir el desequilibrio producido por el incumplimiento y debe,

---

<sup>49</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 341.

<sup>50</sup> *Ibidem*. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa que consideró que la estipulación de una cláusula penal no implica una renuncia al derecho de pedir la ejecución de la obligación principal o, en su caso, la resolución del contrato. Se argumentó que la renuncia de un derecho debe ser diáfana e inequívoca y no se presume. Véase LAURENT, François, *Principes de droit civil français*, vol. XVII, 1875, p. 478.

<sup>51</sup> Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de Droit Civil français*, LGDJ, 1931, t VII, No 872, P. 180. Citado en Corral Talciani, Hernán, *op. cit.*, p. 343.

<sup>52</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 343.

por tanto, reconocer sus límites, por lo que este no afecta a ciertas cláusulas que tiene un compromiso, tal como la cláusula penal<sup>53</sup>.

La segunda tesis que se plantea está basada en el principio de no acumulación de la cláusula penal con la obligación principal (Artículo 1594 del Código Civil), según el cual, no se puede pedir al mismo tiempo la ejecución forzada de la obligación y la pena pactada para avaluar los perjuicios derivados de la inexecución. Pues bien, en aplicación de tal principio, habría que descartar la posibilidad que el contratante cumplido persiga al tiempo la ejecución forzada de la obligación –que es el otro remedio dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil– y la cláusula penal y si esto es así, en virtud del principio de conmutatividad de los contratos, la otra opción alternativa ha sido entendida por las partes como equivalente, por lo que habría que entender que pedir la resolución de la prestación propia es equivalente a pedir la ejecución forzada de la obligación recíproca. Por consiguiente, el principio de no acumulación de la pena se aplicará tanto cuando el acreedor exija la ejecución del contrato sino también cuando pida su resolución<sup>54</sup>.

Esta tesis se estima errónea, pues no es posible equiparar la petición de ejecución forzada de la obligación principal a pedir la resolución de la misma, ambas son opciones que se contraponen en sus efectos, y es que la primera está destinada a seguir con la relación obligacional y la segunda a extinguirla. En consecuencia, el principio de no acumulación de la cláusula penal, cuya filosofía es la de evitar una doble satisfacción del acreedor con la pena y la obligación principal, no puede ser aplicable indistintamente cuando la relación obligacional continúa o cuando ésta termina.

De otra parte, está la posición que sostiene la compatibilidad de la resolución del contrato con la cláusula penal, pues son figuras

---

<sup>53</sup> Cfr. HUGON, Christine, “Le sort de la clause pénale en cas d’extinction du contrat”, *La Semaine Juridique*, p. 424, citado en CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 345.

<sup>54</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 346.

que lejos de excluirse, se complementan. El principal argumento que se ha esgrimido es que la cláusula resolutoria tácita permite el cobro de indemnización de perjuicios cuando el acreedor pide por la resolución del contrato, y la principal función de la cláusula penal es, precisamente, servir como una estimación anticipada de perjuicios que hacen las partes y que supone un beneficio para el acreedor al exonerarlo de tener que probar su existencia y cuantía<sup>55</sup>. Así pues, no tendría sentido la lógica según la cual el incumplimiento del deudor que da lugar a la resolución prive también al acreedor de los beneficios de la cláusula penal excusándose en su accesoriedad<sup>56</sup>.

Aunque se está de acuerdo con esta solución, se considera que no es posible afirmar en términos absolutos la compatibilidad de la cláusula penal con la resolución del contrato<sup>57</sup>, pues habrá que ver, caso por caso, qué papel cumple la cláusula penal en la relación negocial. Así pues, pasará a analizar cada supuesto:

I. *Acreedor pide la resolución del contrato y la cláusula penal es compensatoria*: Cuando en la relación contractual media una cláusula penal sea compensatoria, es decir, aquella que busque indemnizar los daños y perjuicios producto del incumplimiento del contrato, y además, producto del incumplimiento definitivo del contrato el acreedor pida la resolución del mismo, es claro que la cláusula penal valdrá como estimación anticipada de los perjuicios hecha por las partes y que el artículo 1546 del Código Civil permite expresamente su acumulación con la demanda resolutoria<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “La Cláusula Penal. *The Requirement for Liquidated Damages*”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014, p. 241.

<sup>56</sup> Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *op. cit.*, pp. 140-141.

<sup>57</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 347.

<sup>58</sup> Cfr. MIGLIASSO, Davide, *La clausola penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 243, citado en CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.* P. 351.

Una posición minoritaria de la doctrina<sup>59</sup> diferencia en este punto entre la cláusula penal compensatoria sustitutiva y la cláusula penal compensatoria indemnizatoria: La primera de ellas, busca únicamente sustituir a la obligación principal y la segunda, destinada a resarcir los perjuicios derivados del incumplimiento. Pues bien, se dice que en el caso de la primera no se podría acumular con la resolución del contrato por ir en contra del principio de no acumulación de la cláusula penal con la obligación principal y en el segundo, la respuesta es contraria, pues allí la cláusula penal adoptaría su función de antelar perjuicios de manera anticipada. Sin embargo, se estima que esta subclasificación de la cláusula penal compensatoria no es correcta, pues el cuándo el legislador en el artículo 1594 del Código Civil dispuso que no se podía acumular la pena y la obligación principal, quiso significar que en la cláusula penal, por regla general, se encuentran comprendidos todos los perjuicios compensatorios, es decir, el valor de la obligación y los perjuicios provenientes de su inejecución<sup>60</sup>, sin distinción entre uno y otro concepto.

II. *Acreeedor pide la resolución del contrato y la cláusula penal es moratoria*: Primeramente, hay que indicar que para que el acreedor pueda pedir la resolución del contrato se necesita que el incumplimiento sea grave, de tal manera que afecte a los fines esenciales del contrato<sup>61</sup>, por lo que no cualquiera mora da lugar a

---

<sup>59</sup> En este sentido, véase a CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 347.

<sup>60</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Bogotá D.C. Sentencia del 9 de Septiembre de 1997, M.P: Edgar Carlos Sanabria Melo.

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de enero de 2005, Exp. 7524.M.P. Edgardo Villamil Portilla: “La resolución sólo viene de alguno que por su enorme magnitud, gravedad e intensidad hace que la cosa sea absolutamente impropia para los fines del contrato, según la naturaleza de la cosa o lo que resulte de la definición convencional.”

que el acreedor pueda aniquilar la relación contractual mediante la acción resolutoria<sup>62</sup>.

Entonces, cuando el acreedor pide la resolución del contrato, no hay un mero retardo sino que hay un incumplimiento definitivo (sea total o parcial) y los daños que se hayan causado al acreedor por tal, únicamente pueden ser resarcidos mediante una indemnización compensatoria<sup>63</sup> que es la que busca sustituir la obligación principal y reparar todos los daños producto del incumplimiento. La cláusula penal moratoria, que está destinada a resarcir los perjuicios derivados de la mora, pierde entonces su utilidad si la obligación principal no será cumplida debido a la resolución del contrato de la que emana<sup>64</sup>, quedando a salvo, eso sí, la acción de indemnización de perjuicios correspondiente para remediar el incumplimiento definitivo de la obligación.

En otras palabras, el estado de mora se extingue con la resolución del contrato y por ello, hace improcedente la pena establecida para dicho estado<sup>65</sup>. Por lo demás, el efecto de retroactividad de la resolución contractual coadyuva esta posición, pues cuando el contratante diligente resuelve el contrato, el mismo se tiene por no celebrado y se reputa que las obligaciones del mismo no nacieron, por lo que sería contradictorio que se pide una pena por el retardo de un obligación que se entiende por no existente<sup>66</sup>. Se concluye entonces que en caso de que la cláusula penal se haya pactado, en términos del artículo 1594 del Código Civil, “por el mero retardo” y el contratante cumplido pida la resolución del contrato, ambas figuras no son compatibles.

---

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 1984. Exp. 2415. M.P. Humberto Murcia Ballén

<sup>63</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 348.

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> Cfr. IBAÑEZ, Carlos Miguel, *Resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 3250, citado en CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 348.

<sup>66</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 348.

III. *Acreeedor pide la resolución del contrato y la cláusula penal es punitiva*: No hay que olvidar que el incumplimiento es el presupuesto tanto de la cláusula penal como de la resolución<sup>67</sup>, por lo que cuando se pida la resolución del contrato y entre las partes media una cláusula penal punitiva, es decir, aquella que es pactada expresamente en acumulación de la indemnización de perjuicios (Artículo 1600 del Código Civil) o de la obligación principal (Artículo 1594 del Código Civil) y/o a cargo de un tercero, el hecho de la resolución no le hace perder la utilidad de la cláusula penal, por lo que la acumulación sería procedente. En otras palabras, en caso de que la cláusula penal sea punitiva, las partes le han dado el carácter de sanción convencional ante el incumplimiento, cuya finalidad persiste así se pida la resolución del contrato, por lo que sería perfectamente compatible con tal figura.

Analizados los supuestos, para finalizar se quiere hacer referencia a la otra alternativa otorgada para el contratante cumplido que da el artículo 1546 del Código Civil, es decir, la ejecución forzada de la obligación. Pues bien, hay quienes argumentan que precisamente que como la ley permite que se cobre la indemnización de perjuicios, sea que el acreedor pida la ejecución forzada del contrato o sea que pida la resolución del mismo, habría que concluir entonces que la cláusula penal sería entonces compatible con las dos alternativas otorgadas por el artículo 1546 del Código Civil<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr. MIGLIASSO, Davide, *op cit.*, p. 244, citado en CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 348.

<sup>68</sup> En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia italiana en Casación 6561 del 10 de Junio de 1991: “La cláusula penal es un pacto accesorio del contrato con función, sea de coerción al cumplimiento, sea de predeterminación de la medida del resarcimiento en caso de incumplimiento. Esta, por tanto, la norma del artículo 1453, primer párrafo, del Código Civil italiano (artículo 1428 del Código Civil) encuentra aplicación, sea en la hipótesis en que el contrayente solicite la resolución del contrato, sea en aquella que interponga una demanda dirigida a solicitar la ejecución forzada del negocio y vale

Empero, se estima que tal razonamiento resulta equivocado, pues tampoco se puede predicar de manera general la compatibilidad de la cláusula penal cuando el acreedor pida la ejecución forzada del contrato, y es que en efecto, en la cláusula penal rige como regla general la prohibición de acumulación entre la obligación principal y la pena (Artículo 1594 del Código Civil). Por consiguiente, habrá que ver de igual manera en este punto, que función cumple la cláusula penal en cada caso en concreto.

En efecto, cuando en la relación contractual medie una cláusula penal compensatoria, no puede el acreedor pedir al mismo tiempo la ejecución forzada de la obligación principal con la pena<sup>69</sup>, pues se estaría yendo en contravención de la regla de no acumulación antes mencionada, el cual tiene como fundamento evitar la doble satisfacción del acreedor con la obligación principal y la pena, teniendo en cuenta que cuando la cláusula penal es compensatoria, se entiende que la cláusula penal la obligación principal e indemniza los perjuicios producto de su incumplimiento.

Ahora bien, cuando la cláusula penal sea moratoria, es decir, aquella que busca indemnizar los perjuicios derivados de la mora, si puede el acreedor pedir, además del cumplimiento del contrato, la ejecución de la pena, pues en tal caso, ella no está destinada a reemplazar a la obligación principal y a indemnizar los daños producto del incumplimiento definitivo sino los daños resultantes de la mora en el cumplimiento de la obligación.

Por último, cuando la cláusula penal cumpla con una función punitiva, merece la misma consideración que se hizo en cuanto a su compatibilidad con la resolución contractual, pues en nada afecta la finalidad de la cláusula penal vista como una sanción pactada por las partes ante el incumplimiento del contrato con que se pida la ejecución forzada de la obligación principal.

---

únicamente como liquidación convencional del daño, fijada anteriormente por las partes”. Citada en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, p. 241.

<sup>69</sup> Cfr. OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario, *op. cit.*, p. 38.

#### D) LA COMPATIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL CON LOS INTERESES MORATORIOS

Los intereses moratorios son aquellos que se deben desde el momento en que se constituya en mora hasta el momento en que se soluciona o paga la obligación, su contenido implica la indemnización de perjuicios ocasionados al deudor por el retardo en el cumplimiento de la obligación<sup>70</sup>. Por su parte, la cláusula penal, puede cumplir diferentes funciones acordes a los intereses de las partes, por lo que, para auscultar en la compatibilidad de ella junto con los intereses moratorios, habrá que analizar la función que cumple en cada caso en concreto.

Como se ha dicho hasta aquí, si las partes no han dicho nada, la cláusula penal corresponde en principio, a la estimación anticipada de perjuicios que sufrirá el acreedor producto de la no ejecución de la obligación principal, es decir, una cláusula penal compensatoria en tanto resarce los perjuicios derivados del incumplimiento definitivo de la obligación principal. En tal caso, a mi parecer, el acreedor no podría pedir la pena y los intereses moratorios, pues, aunque el origen de los perjuicios que resarce la pena y los intereses moratorios no son iguales, se debe entender que, si al acreedor se le resarcen los perjuicios derivados del incumplimiento definitivo mediante la cláusula penal, ya no podrá perseguir el resarcimiento de los derivados del retardo de la obligación principal.

Igual consideración merece cuando la cláusula penal fuere moratoria, pues en tal caso ella estará destinada a resarcir los perjuicios derivados de la mora en el cumplimiento de la obligación, por lo que resulta lógico que, para evitar una doble satisfacción de los perjuicios, no es posible reclamar la indemnización de perjuicios de la mora representado en los intereses moratorios y la pena,

---

<sup>70</sup> Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime, “Sobre el régimen legal de los intereses en Colombia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 58, Universidad Pontificia Bolivariana, 1982, p. 54.

salvo estipulación expresa en contrario (Artículo 1600 del Código Civil).

Como se ve, los intereses moratorios se asemejan a la cláusula penal en cuanto ambos cumplen con una función resarcitoria de perjuicios<sup>71</sup>. De ahí que no sea posible, en principio, acumular el cobro de la cláusula penal con los intereses moratorios, pues de aceptarlo, se estaría permitiendo el cobro simultáneo de pena e indemnización de perjuicios<sup>72</sup> y por consiguiente, una doble satisfacción de los mismos. Así lo ha reconocido la hoy Superintendencia Financiera<sup>73</sup>, que estableció: “Tanto la cláusula penal como los intereses moratorios obedecen a una misma filosofía consistente en sancionar al deudor que incumple con sus obligaciones; y las diferencias entre dichas figuras obedecen más a razones de forma que de fondo; por lo tanto es incompatible la coexistencia de dicha figuras puesto que con ella se estaría dando lugar a sancionar doblemente por un mismo acto”. Así pues, en tales casos, estará el arbitrio del acreedor cobrar la pena o los intereses moratorios, pero no ambas cosas.

Ahora bien, cuando las partes hayan pactado que la cláusula penal funge como sanción, perfectamente podrá el acreedor

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 63. En este mismo sentido, se enuncian como similitudes entre los intereses moratorios y la cláusula penal:“(i) [L]os dos son accesorios de créditos principales; (ii) tienen origen convencional; (iii) para su exigibilidad no es menester una conducta maliciosa, bastando que sea imputable; (iv) tampoco requieren actividad jurisdiccional, sino que pueden ser aplicados extrajudicialmente; (v) ambos son una estimación anticipada de los daños y perjuicios, sirviendo también como medio de constreñimiento de la voluntad del deudor; y (vi) el daño se presume, resultando inútil que el deudor pretenda acreditar la inexistencia de perjuicios” KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *op. cit.*, pp. 353-354.

<sup>72</sup> Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime, *op. cit.*, p. 63.

<sup>73</sup> Superintendencia Bancaria, 26 de mayo de 1977, citado en ARRUBLA PAUCAR, Jaime, *op. cit.*, p. 63.

proceder al cobro de la pena junto con los intereses moratorios<sup>74</sup>, pues en tal caso, la prohibición del artículo 1600 del Código Civil carecería de sentido, pues si con ella se pretende evitar la doble satisfacción de perjuicios<sup>75</sup>, ello no se daría cuando la cláusula penal hace las veces de sanción y no de estimación anticipada de perjuicios.

Aclarado este punto, cabe ahora preguntarse si procede el cobro de intereses moratorios por la suma que se adeude por concepto de cláusula penal cuando el deudor se encuentre en mora de pagarla, pregunta a la cual no se le puede dar una respuesta uniforme, ya que habrá que diferenciar en todo caso si la cláusula penal es compensatoria o moratoria.

Si la cláusula penal es compensatoria, es decir, aquel acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios en el evento de incumplimiento del convenio<sup>76</sup>, sí procedería el cobro de intereses en caso de que el deudor no cumpla con la obligación penal. No valdría en este punto invocar la inmutabilidad de la pena para negar tal afirmación, pues en este caso, los intereses moratorios no tienen como finalidad indemnizar los perjuicios producidos producto de incumplimiento de la obligación amparada con la pena, sino de los perjuicios producidos por el retardo en el pago de la pena misma<sup>77</sup>. Esta conclusión parece la más sensata, pues tal como lo dice Urdaneta Fontiveros<sup>78</sup> “Sostener lo contrario equivaldría a permitirle al deudor retardar el pago de la cláusula penal sin que ello acarree consecuencia negativa alguna para él. En efecto, ningún interés tendrá el deudor en cumplir

---

<sup>74</sup> Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime, *op. cit.*, p. 63.

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de Febrero de 2018. SC170-2018. M.P: Margarita Cabello Blanco.

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2018. SC 3047-2018. M.P: Luis Alonso Rico Puerta.

<sup>77</sup> URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *La cláusula penal en el Código Civil venezolano*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, p. 178.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p 179.

oportunamente la prestación accesoria puesto que de cualquier modo nada deberá más allá de la pena estipulada”. A la misma conclusión habrá que arribar cuando entre las partes la cláusula penal ostente el carácter de sanción, pues en tal supuesto no se ve razón alguna para que no proceda el cobro de intereses moratorios por el retardo en el cumplimiento de la obligación penal.

Sin embargo, cuando la cláusula penal se haya estipulado por el mero retardo –cláusula penal moratoria– la respuesta es contraria. En ese caso, la pena resarce los perjuicios derivados de la mora, al igual que los intereses moratorios, los cuales se entienden reemplazados por la cláusula penal. Obsérvese que en este caso la mora que se resarce a través de la cláusula penal moratoria es en el cumplimiento de la obligación principal, y en el caso de los intereses moratorios, en el cumplimiento de la obligación penal; pero lo cierto es que de permitir el cobro de intereses moratorios por el no pago de la cláusula penal moratoria, sería tanto como permitir por vía indirecta el anatocismo<sup>79</sup>, el cual se encuentra expresamente prohibido en materia civil<sup>80</sup> y restringido, por regla general, en materia comercial<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> El artículo 2235 del Código Civil estipula: “Se prohíbe estipular intereses de intereses”.

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2009. M.P: Arturo Solarte Rodríguez: “en materia mercantil se permitió (refiriéndose al anatocismo) sólo en dos supuestos consagrados, precisamente, en el artículo 886 del Código de Comercio: primero, cuando así lo acuerdan las partes después del vencimiento de la obligación; y el segundo, cuando se reclamen en demanda judicial, siempre y cuando, agrega el precepto, ‘que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad por lo menos”.

#### IV. CONCLUSIONES

El estudio aquí realizado revela que la acumulación de la cláusula penal con otras figuras del derecho privado plantea desafíos significativos en términos de interpretación y aplicación de las normas. La falta de legislación clara, la divergencia de opiniones en la doctrina y la falta de pronunciamientos jurisprudenciales sobre aspectos como la acumulación de la cláusula penal con la resolución del contrato y los intereses moratorios, generan incertidumbre y dificultan la resolución adecuada de los conflictos.

A lo largo de este trabajo se analizó la compatibilidad de la figura junto con la indemnización de perjuicios, la obligación principal, la petición de resolución del contrato y los intereses moratorios, instituciones las cuales, al estar encaminadas a reparar los perjuicios derivados del incumplimiento, la mora, pedir el cumplimiento de la obligación que ampara la cláusula penal o bien pedir la extinción del vínculo contractual, hace que sea imperativo revisar en el caso a caso cuáles fueron los intereses de las partes al pactar la cláusula penal, de manera que quede claro la función que cumple, pues de ello dependerá el que prospere la petición acumular la cláusula con alguna de las figuras vistas.

En conclusión, se hace necesario la adopción de un criterio unificado para resolver estas problemáticas y así brindar certeza y claridad sobre el funcionamiento de la figura de la cláusula penal, que como ya se dijo, es de universal uso en las relaciones negociales.

