

La cláusula penal en el Código de Comercio

Por

Emilio Tafur Charun

Obertura.-

El artículo 1341 del Código Civil se refiere así a la cláusula penal:

“El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, *tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación* y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.” (Las cursivas son nuestras)

El artículo recientemente citado es el que disciplina la cláusula penal compensatoria.

Al respecto y esto está muy vinculado a la finalidad del presente texto, es de citar a Osterling & Castillo Freyre (2003:2350) quienes manifiestan que, “Si el deudor cumple rigurosamente su prestación, mal podría estar obligado al pago de penalidad alguna. *La pena se paga en adición a la obligación principal solo en el caso de mora, esto es, como penalidad*

moratoria; o cuando se estipula en seguridad de un pacto determinado". (Las cursivas son nuestras)

En efecto, lo dicho por los profesores citados está recogido en el artículo 1342 del Código Civil, el cual prevé que, "Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, *el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación*". (Las cursivas son nuestras)

En este caso estamos hablando de la cláusula penal moratoria.

Esto es lo que en doctrina se denomina función cumulativa de la cláusula penal, porque el cumplimiento de esta no libera al deudor de cumplir con la prestación principal en caso de mora. (Vigil Curo. 2004:142)

La cláusula penal compensatoria y la cláusula penal moratoria

Nos parece de la mayor importancia el tema que tratamos en este epígrafe, pues el mismo deslinda entre los dos tipos de clausula penal indicados. En el caso de la cláusula penal compensatoria el contrato no se resuelve pese al incumplimiento absoluto o cumplimiento parcial o defectuoso de las prestaciones por parte del deudor. De tal suerte, el contrato de que

se trate mantendrá vigencia hasta que el acreedor perjudicado pierda todo interés en continuar vinculado a ese contrato y al deudor que no ha cumplido, recurriendo el acreedor para tal efecto, a la resolución contractual conforme lo disponen las reglas del Código Civil. En otras palabras, una vez que el acreedor pierda todo interés en la prestación o ya no sea de utilidad para el mismo, podrá resolver el contrato. No es, pues, que el incumplimiento absoluto o el cumplimiento parcial o defectuoso de las prestaciones y la ejecución de la penalidad *per se* gatillen frontalmente la resolución contractual. Es de precisar y reiteramos, que en tal supuesto, el acreedor podrá resolver el contrato ulteriormente recurriendo para tal efecto a los mecanismos habilitantes que activan la resolución contractual conforme al Código Civil. De otro lado, en la ejecución del contrato el acreedor perjudicado tendrá derecho a la penalidad compensatoria y ya no podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal, solo podrá exigir el pago de la penalidad, reiteramos. Ello está positivado en el artículo 1337° del Código Civil el cual prevé que, “Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, *éste puede rehusar su ejecución* y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”. Nótese que cuando se habla de la virtualidad del acreedor de “rehusar su ejecución” no

estamos hablando de la resolución de un vínculo contractual. Y no estamos hablando de resolución contractual pues no se configuran los requisitos contemplados en el Código Civil para que esta se active. Esto es, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste *hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil*. (art.1316, *in fine*, CC) Mientras tanto, el contrato permanece indemne. (Las cursivas son nuestras)

Respecto a los requisitos para que la resolución contractual se active, Osterling & Castillo Freyre (2003: 2379-2380) enseñan que, “Es claro que si la obligación principal ya no se debe, porque el acreedor perjudicado prefirió sustituirla por la penalidad pactada, *el contrato seguirá existiendo, por ser válido, pero ya no surtirá efectos, ni será capaz de generarlos*. 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. Esta última afirmación obedece a que el Código Civil prescribe con claridad los supuestos de resolución contractual, los mismos que pueden tener carácter judicial o extrajudicial, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1428, 1429, 1430. Y entendemos, por tanto, que si el acreedor perjudicado no acudiera a alguno de estos

mecanismos, no pudiéramos hablar de resolución contractual propiamente dicha”. (Las cursivas son nuestras)

El caso de la cláusula penal moratoria es distinto. El acreedor, sin embargo, podrá hacerse cobro de la penalidad moratoria y de la obligación principal. Y esto último se vincula de modo muy estrecho con el ya citado artículo 1342 del Código Civil.

Según Clotilde Vigil Curo (2004:140), tiene el carácter de *cláusula compensatoria* aquella que ha sido prevista por las partes para el caso de incumplimiento absoluto, para el caso de que por razones sobrevinientes a la formación del vínculo, ya no sea posible o sea inútil por pérdida del interés del acreedor el cumplimiento de la obligación; por tanto el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la pena, cumpliendo así su función indemnizatoria.

Osterling y Castillo Freyre (2016:30) señalan sobre este mismo tema, que, “Cabe subrayar que la cláusula penal, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación”.

Los mismos autores (2016:38-39-40) sostienen que, “(...) 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”. (...) “La conclusión es distinta, sin duda, cuando la cláusula penal es moratoria. *Aquí no se resuelve contrato alguno* y el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la prestación principal.” (...) “Dentro del régimen legal peruano, tal como lo establecen los artículos 1341 y 1342 del Código Civil peruano (1984), “la función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria como moratoria. Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor que incumple el derecho a la contraprestación, si la hubiere). Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago.” (Las cursivas son nuestras)

Los autores recientemente citados agregan -aun cuando ya lo hemos insinuado- que, “Es factible, desde luego, que el acreedor, también recurra a resolver el contrato, utilizando los mecanismos

legales correspondientes. En estos casos no solo tendremos una solución similar, en los hechos, a las consecuencias de la resolución de un contrato, *sino que estaremos ante un contrato jurídicamente resuelto.*”(2003:2380) (Las cursivas son nuestras)

En otro texto Osterling & Castillo Freyre (2013:3) han manifestado que, “Desde el punto de vista de la función compulsiva de la cláusula penal, si ella fuere compensatoria, el carácter compulsivo estaría dado en conducir a que el deudor no incumpla con la prestación debida y a que no la cumpla de manera parcial o defectuosa. En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea. En cambio, la cláusula penal moratoria tendrá como función compulsiva el hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente”.

La impronta del Código de Comercio.-

En otro lugar hemos escrito que dados los artículos 1353 y 2112 del Código Civil (CC), resulta pertinente indagar si aún está vigente el Código de Comercio (CdC) en cuanto cuerpo normativo que recoge la regulación general de los contratos de comercio y, específicamente, de la cláusula penal. (Artículo 56).

También es de interés indagar si la sección cuarta del CdC, que establece disposiciones generales sobre los contratos de comercio, mantiene su vigencia, ello debido a que de afirmarse la vigencia de tal sección, esta sería, en principio, aplicable a los contratos de comercio, siendo, por ende, (parcialmente) inaplicables las disposiciones generales sobre el contrato en general del CC (artículo 1351 y ss.). Más aún, serían inaplicables y ajenas, en principio, al derecho común instituciones recogidas en el artículo 50 y siguientes del CdC de la sección cuarta, libro primero, sobre «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio». De esta manera, el artículo 53 sobre «convenciones ilícitas» prevalecería sobre la disposición referente a la finalidad lícita recogida en el CC, libro del acto jurídico. Así también y como veremos, el artículo 56 del CdC sobre «contratos con penalidad» prevalecería sobre las normas relativas a la cláusula penal recogidas en el libro de obligaciones del CC. El artículo 62 sobre «obligaciones sin término» prevalecería sobre las disposiciones sobre el plazo contenidas en el libro de acto jurídico y la normatividad sobre oportunidad del pago contemplada en el libro de obligaciones del CC. *Por ahora, nótese que ninguno de los citados dispositivos del CdC se encuentran recogidos en la sección primera de contratos en general del CC, tal y como lo dispone el artículo 1353 del CC.* El artículo 1353

del CC establece: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, *quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección*, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato» (las cursivas son mías). Por su parte, el artículo 2112 del CC preceptúa: «Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio». Antes de entrar de lleno a analizar la relación internormativa entre CC y CdC, sobre todo, considerando el impacto innovativo que el segundo ha sufrido ante la dación de los artículos 1353 y 2112 del CC, es necesario determinar qué tipo de derecho es el derecho mercantil, esto es, si estamos frente a un derecho excepcional o especial. En efecto, de cualquiera de estas alternativas dependerá la validez del planteamiento que se haga sobre la relación internormativa entre CC y CdC, y notablemente sobre la preeminencia de la normativa sobre obligaciones y contratos que es regulada casi de manera paralela por los códigos aludidos, aunque optando, casi siempre, por distintas soluciones legislativas.

Creemos por nuestra parte que el derecho mercantil es de naturaleza especial. En efecto, el derecho

mercantil cuenta con un sistema de fuentes privativo, que lo dota de sustantividad propia, entre las que de modo notable se encuentra la costumbre o los usos de comercio. Asimismo, el derecho mercantil regula el acto de comercio, una especie de acto jurídico, desde una perspectiva objetiva. La actuación de los comerciantes es también regulada (criterio subjetivo). En este escenario el derecho común es supletorio y el mismo únicamente resulta aplicable en caso de vacío, laguna o defecto, no solo de la ley mercantil, sino notablemente también de la costumbre o los usos de comercio. Esto es, la costumbre mercantil podría inclusive ser *contra legem*, esto es, con relación a la ley de derecho común. Además, y en cuanto al CdC se refiere, este contiene una regulación comprehensiva de los contratos mercantiles, sea la parte general o contratos típicos. Ello, no obstante los artículos 1353 y 2112 del CC.

De otra parte, dejamos de lado cualquier pretensión de aplicar la regla de ámbitos o acervos materiales de regulación excluyente que correspondería a cada norma (ambos códigos son hechura del legislador nacional), pues además esta regla dejada de lado parte de un deslinde de materias a ser reguladas por cada fuente normativa. Resulta claro, en este caso, que al existir una «comunidad material» (obligaciones, contratos, contratos típicos privados), esto es, un

mismo aspecto de la realidad jurídica, se trataría, pues, de una relación entre dos normas o fuentes (CC y CdC) de igual jerarquía que regulan, en muchos casos, la misma materia, con distinto tenor (generalidad-especificidad), pero una de ellas será la que prevalezca en tanto y en cuanto su materia normativa tenga carácter «especial» (contratos y obligaciones, contratos típicos) en contraste con la otra. El *quid* es, pues, la especialidad. Caso contrario, y para que prevalezca el CC, solo resultaría procedente la derogación expresa.

En tal sentido, queda claro que la norma mercantil ha de prevalecer sobre la norma civil, y esta en cuanto parte del derecho común, ha de aplicarse a los actos de comercio y a los comerciantes en sentido lato, siempre y cuando se dé un vacío o laguna en la ley mercantil y en los usos del comercio. Lo señalado encuentra su correlato normativo en los artículos IX del Título Preliminar del CC y 2 del CdC. (2023:267-269)

La cláusula penal mercantil (una antinomia)

El CdC regula la cláusula penal en un solo artículo. Se trata del artículo 56, el mismo preceptúa que, “El contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o pena prescrita; pero,

utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario.”

Al respecto resulta conveniente hacer los siguientes comentarios:

- a) Creemos, en alguna medida, haber acreditado la vigencia del CdC en lo que se refiere a la regulación de las obligaciones y los contratos mercantiles, pese al revulsivo que supusieron en su momento los artículos 1353 y 2112 del CC de 1984. Asimismo, hemos estudiado la relación internormativa entre el CC y el CdC y, con ello, el carácter especial del derecho mercantil.
- b) En efecto, y como se ha indicado *supra*, el derecho mercantil cuenta con un sistema de fuentes privativo, que lo dota de sustantividad propia, entre las que de modo notable se encuentra la costumbre o los usos de comercio. Asimismo, el derecho mercantil regula el acto de comercio, una especie de acto jurídico, desde una perspectiva objetiva.
- c) El citado artículo 56 establece que el acreedor perjudicado podrá optar entre el cumplimiento del contrato o la penalidad. Sin embargo, y de mediar pacto en contrario, las partes podrán acordar tanto la ejecución de la penalidad como el cumplimiento del contrato.

- d) En buena cuenta y de no mediar pacto en contrario, el acreedor perjudicado deberá optar entre la penalidad o el cumplimiento del contrato. Esta es la regla general de la penalidad mercantil.
- e) Así, en caso que el acreedor perjudicado optara por el pago de la penalidad y no el cumplimiento del contrato, se configuraría una situación muy similar a la que contempla la cláusula penal compensatoria del Derecho común. Esto es, la referida penalidad es exigible y la obligación se extingue y a su vez el contrato podrá ser resuelto ulteriormente conforme a los mecanismos que para tal efecto prevé el Código Civil. No cabe duda que existe un aire de familia.
- f) La situación no es tan simple en el caso de la cláusula penal moratoria. En primer lugar, el artículo 56 en momento alguno se refiere a la mora o al retardo. En este contexto, tal parece que este artículo no resulta aplicable a la mora sino solo al no cumplimiento definitivo del contrato, pues tampoco alude al cumplimiento parcial o defectuoso.
- g) Engarzado con el literal precedente y como ya se indicó, la cláusula penal moratoria está recogida en el artículo 1342 del Código Civil el mismo preceptúa que, “Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, *el acreedor tiene derecho*

para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación". (Las cursivas son nuestras)

- h) El artículo 56 no contempla una solución como la señalada en el literal inmediatamente precedente. Deja abierta, sin embargo, la posibilidad que mediando pacto en contrario, el acreedor perjudicado pueda hacerse cobro de la penalidad y de la obligación contemplada en el contrato. Puede parecer improbable, sin embargo, que el deudor en situaciones de normalidad, acuerde tal pacto en contrario.
- i) La penalidad mercantil no alude a la mora o al retardo, tampoco lo hace en lo que respecta al cumplimiento parcial o defectuoso, y en lo que se refiere a la cláusula penal moratoria tampoco prevé la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato y a la vez la ejecución de la penalidad, salvo pacto en contrario, claro está.
- j) Existe, pues, una antinomia entre el artículo 56 del Código de Comercio y el artículo 1342 del Código Civil. De este modo, por las razones expuestas, y si no se acuerda el pacto en contrario, como dice el artículo 56, el acreedor perjudicado no podrá ampararse en el aludido artículo 1342 que preceptúa la cláusula penal moratoria. Mal podría el acreedor perjudicado pretender la ejecución de la penalidad y a la vez

el cumplimiento del contrato. En esta antinomia debería prevalecer la norma mercantil sobre el Derecho común.

k) De esta manera se puede concluir que la cláusula penal mercantil tiene una identidad propia, dada su tipificación y las privativas reglas que la disciplinan y que provocan que se deslinde nítidamente a partir del ámbito del Derecho mercantil, donde anida, del Derecho común. Sin embargo, todo esto no quiere decir que existan estancos rigurosamente separados donde habiten el Derecho común y el Derecho Mercantil. Así, en caso de un vacío normativo bien puede ser el mismo suplido recurriendo al Derecho común. Ello se encuentra corroborado por el artículo 50° del Código de Comercio, el mismo que indica que, “Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, *por las reglas generales del derecho común.* (Las cursivas son nuestras)

Bibliografía

Osterling, Felipe. Castillo Freyre, Mario. (2003) Tratado de las Obligaciones. Vol. XVI. Cuarta parte. Tomo XIV. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial

Osterling, Felipe. Castillo Freyre, Mario. (2013) “OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL”. Disponible en: <https://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf>

Osterling, Felipe. Castillo Freyre, Mario. (2016) “La funcionalidad de la cláusula penal”. En: Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho N. ° 47.

Vigil Curo, Clotilde. (2004) “La Cláusula Penal”. En: Revista Jurídica Docentia et Investigatio. Facultad de Derecho UNMSM. Vol. 2. No. 6. 129-147.