

CAPÍTULO V

De las obligaciones penales

ART. I. De la naturaleza de las obligaciones	207
ART. II. ¿Cuándo ha lugar a la obligación penal?	215
§ I. Del caso en que la cláusula penal haya sido añadida a la obligación de no hacer una cosa	215
§ II. Del caso en que la cláusula penal haya sido añadida a la obligación de dar o de hacer alguna cosa	216
ART. III. Si el deudor puede, saldando por partes su obligación, evitar la pena por partes	217
ART. IV. Si se incurre en la pena por el total y por todos los herederos del deudor, por la contravención de uno de ellos	220
§ I. Decisión de la cuestión en relación de las obligaciones indivisibles	223
§ II. Decisión de la cuestión con relación a las obligaciones divisibles	223
ART. V. Si se incurre en la pena por el total, y para con todos los deudores del acreedor, por la contravención de uno de ellos	229

CAPÍTULO V

DE LAS OBLIGACIONES PENALES

338. La obligación penal, es, como lo hemos visto en otro lugar, la que nace de la cláusula de una convención en virtud de la cual una persona, para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se obliga, en forma de pena, a alguna cosa en caso de inejecución de ese compromiso. Por ejemplo, si me hubieseis prestado un caballo para hacer un viaje, con la obligación de devolvéroslo sano y salvo, o pagaros cincuenta pistolas, caso de que no os lo devolviera, es una obligación con la cláusula penal.

Para tratar esta materia con orden, luego de haber expuesto en el primer artículo los principios generales sobre la naturaleza de las obligaciones penales, veremos en el segundo cuando ha lugar a la pena; examinaremos en el tercero si puede el deudor, satisfaciendo en parte su obligación, evitar en algo la pena; discutiremos en la cuarta si se incurre en la pena por el total, y por todos los herederos del deudor, por caso de contravención de uno de ellos; y en el quinto, si la contravención hecha para con uno de los acreedores hace incurrir la pena por el total, y para con todos los dichos herederos.

ARTÍCULO PRIMERO

DE LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES PENALES

PRINCIPIO PRIMERO

339. Siendo la obligación penal, por su naturaleza, accesoria a una obligación primitiva y principal, la nulidad de ella entraña la nulidad de la obligación penal. La razón está en que es de la naturaleza de las cosas el no poder subsistir sin la cosa principal: *Quum causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum obtinent* (L. 129, §, D. de regul. jur.). Por otra parte, siendo

la obligación penal la obligación de una pena estipulada en caso de inejecución de la obligación primitiva, si la obligación primitiva no es válida, la obligación penal no puede tener lugar, por cuanto no puede haber pena en la inejecución de una obligación, que no siendo válida, no podía ser ejecutada.

La ley 69 (D. de verb. oblig.) contiene un ejemplo de nuestra decisión: vos me habéis prometido darme, o restituirme un cierto esclavo que ignorabáis que hubiera muerto, o pagarme una cierta suma por vía de pena, caso de que faltarais, esto es, si no me lo dabais o me lo restituíais. Ulpiano decide que la obligación de la pena no es más válida que la obligación principal, que, siendo la obligación de una cosa imposible, no puede tener valor. *Si homo mortuus sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committatur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare estipulatus, si datus non esset, pœnam stipulatur.*

340. Ese principio, que la nulidad de la obligación primitiva entraña la de la obligación penal, sufre excepción, en el caso de una obligación para cuyo cumplimiento aquel para con quien ha sido contratada no tiene interés alguno apreciable: *puta, cum quis alteri stipulatus est.* Hemos visto más arriba (nº 54) que esta obligación era nula; sin embargo, la obligación penal que se le añade, es válida. *Alteri stipulari nemo potest. . . Plane si qui velit hoc facere, pœnam stipulari convenient, ut nisi ita factum sicut eo comprehensum; committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest,* etcétera (*Instituta, tit. de inut. stip., § 18*). La razón está en que la obligación principal no es nula en este caso que por cuanto el deudor puede impunemente contravenir a la misma, no pudiendo en este caso pretender aquel para con quien ha sido contratada, en caso de inejecución, indemnización de daños y perjuicios; la obligación penal que se añade purga ese vicio, impidiendo al deudor el que pueda contravenir a la misma impunemente.

Igualmente, bien que no pueda válidamente prometer el hecho de otro, la obligación penal añadida a una convención, por la cual alguien ha prometido el hecho de un tercero, es válida, por cuanto la cláusula penal hace ver que aquel que ha prometido no teniendo simplemente intención de prometer el hecho de ese tercero, sino la de asegurarse del mismo; y por consiguiente ha prometido *non de alio, sed de se.* (*Supra, nº 56.*)

Frain, en su *Colección de sentencias del Parlamento de Bretaña*, cita una de 12 de enero de 1621, dada conforme a ese principio. El pariente de un canónigo que había ofendido al obispo de Saint-Malo, había prometido al obispo, que el canónigo, durante cuatro meses, no parecería por la ciudad, obligándose a pagar, caso de contravención, una suma de 300 libras. Habiendo sucedido el

caso de infracción, la convención fué reputada válida, y la pena se hizo efectiva.

PRINCIPIO SEGUNDO

341. La nulidad de la obligación penal no entraña la de la obligación primitiva. La razón está en que en rigor, lo accesorio no puede subsistir sin lo principal; mas lo principal no depende del accesorio y puede subsistir sin él. Que es lo que decide la ley 97 (d. *de verb. oblig.*): *Si stipulatus sum te sisti, nisi stiteris, hippocentaurum dari, perinde erit atque si te sisti solummodo stipulatus essem;* y como dice Pablo en la ley 126 (§ 3, *dicto titulo*): *Detracta prima stipulatione, prior manet utilis.*

PRINCIPIO TERCERO

342. La obligación penal tiene por fin asegurar la obligación principal.

De donde debe concluirse que la intención de los contratantes no ha sido ni de extinguir, ni de resolver por la obligación penal la obligación principal, ni fundirla en la obligación penal (L. 122, § 2, d. *de verb. oblig.*).

Por esto es que si se ha dado lugar a la obligación penal por la demora en la cual ha estado el deudor en ejecutar la obligación principal, el acreedor puede, en lugar de pedir la cosa estipulada, perseguir la ejecución de la obligación principal (L. 28, d. *de act. empt.*; L. 122, § 2, d. *de verb. oblig. et passim.*).

Es por esto que cuando, al estipular una cierta suma en caso de inejecución de una primera obligación, la intención de las partes ha sido que en su caso, tan pronto como el deudor haya sido puesto en demora de satisfacer a la primera obligación, no se deba ya otra cosa más que la suma convenida, por cuanto dicha estipulación no es una estipulación penal; la obligación que de ello resulta no es una obligación *penal*, si que también una obligación tan principal como la primera, cuyas partes han tenido intención de hacer novación. (Véanse lo que se dice *infra*, part. 3, cap. II, art. 4º, § 2.)

CUARTO PRINCIPIO

343. Esta pena es estipulada con la intención de indemnizar al acreedor de la inejecución de la obligación principal; es por consiguiente compensatoria de los daños y perjuicios que sufre por la inejecución de la obligación principal.

Se sigue de eso que debe en ese caso escoger, o bien perseguir la ejecución de la obligación principal, o la pena; qué debe contentarse de una o de otra, y que no puede exigir las dos.

Sin embargo, como la obligación penal no puede ocasionar perjuicio alguno a la obligación principal; si la pena que el acreedor ha percibido por la inejecución de la obligación principal no le indemnizaba de un modo suficiente, no dejaría por esto, aunque hubiese percibido esta pena, de poder demandar los daños y perjuicios que resultaran de la inejecución de la obligación principal, imputando y teniendo en cuenta sobre los dichos daños y perjuicios, la pena que ya hubiese percibido; esta es la decisión de las leyes 28 (D. *de act. empt.*), 41 y 42 (D. *pro socio*).

Por lo demás, el juez no ha de ser fácil en escuchar al acreedor que pretenda que la pena que ha percibido no le indemniza lo bastante por la inejecución de la obligación; pues habiendo las partes fijado por la pena, y por sí mismas, la indemnización de daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de la convención, el acreedor, al pedir una mayor cantidad por daños y perjuicios, parece revenir contra una estimación que el mismo ha hecho, en lo que no parece creíble, a menos de que no tenga en la mano la prueba de que el daño por él sufrido no exceda la pena convenida, como en el siguiente caso: Si un mercader me ha prestado su carruaje, a condición de que se le devolvería tal día, por cuanto tendrá del mismo necesidad para conducir sus mercancías a una cierta feria, bajo pena de 30 libras caso de que no se le devuelva en el día indicado; ese mercader a quien yo he ofrecido devolversele, puede no contentarse con la dicha suma de 30 libras, si con la prueba en la mano demuestra que el alquiler del carruaje que ha tenido que procurarse a dicho efecto, le ha costado 50 libras, y que el precio común de los carruajes para ir a esta feria era el de 50 libras en el tiempo en que yo debía devolverle el suyo.

344. De la misma manera que la cláusula penal no quita a aquel que ha estipulado la pena la acción que nace del compromiso principal, de la misma manera no le quita las excepciones que podrían de ello resultar.

Por ejemplo, si he convenido con un menor que luego ha sido mayor, que no revendría contra la venta de una heredad que me hizo estando en su minoría, habiendo estipulado de él una cierta suma para caso de que contraviniera a la conversión; si luego me emplaza para obtener órdenes de rescisión contra dicha alienación, la cláusula penal insertada en nuestro convenio no impediría el que yo no pueda oponer a su demanda el fin de no recibir¹ que

¹ Traducimos literalmente el término *fins de non recevoir*, que el propio Pothier define como "ciertas causas que impiden al acreedor ser escuchado en justicia para exigir su crédito o deuda". Pothier incluye la prescripción al lado de la excepción de cosa juzgada y del juramento decisorio

resulta del compromiso principal que se ha contratado y es el de no atacar dicha venta. Mas como aquel que ha estipulado la pena no puede percibir la pena y lo que se encierra en el compromiso principal; si yo uso del fin de no recibir, y que la haga declarar no recibibile, yo no podría exigir de él la pena que he estipulado; y *viceversa*, si yo he exigido de él la pena, yo no podría usar del fin de no recibir. Que es lo que resulta de la ley 10 (§ 1, d. *de pact.*).

La decisión de esta ley nada tiene de contraria a la de la ley 122 (§ 6, d. *de verb. oblig.*), citada *infra* en el artículo siguiente (nº 349). Cuando yo he celebrado un convenio, bajo una cierta pena, con vos que ya sois mayor, que no reclamaríais contra la venta de una heredad que me hicisteis cuando vuestra minoría, el objeto de esta convención es procurarme la liberación de un acto rescisorio que vos efectivamente teníais contra mí; es por esto que al oponeros la excepción perentoria que resulta de dicha convención, haciéndoos en consecuencia declarar no recibibile en vuestra acción, yo me he procurado la liberación de esta acción, no puedo, pues, por consiguiente, reclamar la pena, pues de otra suerte yo lo tendría todo a la vez, es decir, la cosa y la pena, lo que no puede ser. Tal es el caso de la ley 10 (§ 1, d. *de pact.*), que acabamos de citar; la de la ley 122, que se nos ha opuesto, es muy diferente. Después de una división que es por sí misma válida, y no sujeta por lo tanto a acción alguna rescisoria, bajo el temor de tener que sufrir un proceso, bien que mal fundado, nos hemos convenido, bajo una cierta pena, a no accionar en contra. El objeto de esta convención no es, pues, como para el caso que precede, el procurarme la liberación de alguna acción revisoria que vos tuvierais contra esta división, puesto que no teníais ninguna; el solo objeto de esta convención es el de no sufrir un proceso; es por esto porque, si vos me lo instáis, aunque yo haya obtenido el que se rehuse vuestra demanda, habrá lugar a la pena; pues la sola cosa que constituía el objeto de nuestra convención era el de no sufrir un proceso, aunque mal fundado, habiéndomelo, pues, hecho sufrir, tengo razón en decir que me habéis privado de lo que hacia el objeto de nuestra convención: de donde se sigue que hay lugar a la pena.

345. Nuestra regla, de que el acreedor no puede tenerlo todo a la vez, lo principal y la pena, sufre excepción, no sólo cuando se ha dicho expresamente en la cláusula penal, que caso de que el deudor no cumpla su obligación dentro de un cierto tiempo se

del deudor, en la categoría de "fines de no recibir" (Tercera parte, cap. VII, de esta obra). Este término es quizás equivalente a las excepciones perentorias admitidas por los Códigos de procedimiento civil en vigencia en los países hispanoamericanos. (*Nota del traductor.*)

incurrirá y se deberá la pena, sin perjuicio de la obligación principal; lo que se expresaba por sus términos: *rati manente pacto* (L. 16, D. *de trans.*), sino que todas las veces que parezca que la pena es estipulada por separación de lo que el acreedor debe sufrir, no de la inexecución absoluta de la obligación, sino del simple retardo en la ejecución de la obligación; pues en ese caso el acreedor que ha sufrido el retardo puede recibir lo principal y la pena.

PRINCIPIO QUINTO

346. La pena estipulada en caso de inexecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva.

Ese principio lo deducimos de una decisión de Dumoulin, de su tratado *De eo quod interest* (nº 159 y siguientes). El lo funda, en que la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inexecución de la obligación. Pues —dice— de la misma manera, que cuando el acreedor hace subir a una suma excesiva los daños y perjuicios que pretende sufrir de la inexecución de la obligación, el juez ha de reducirla, y que la ley única —*Cod. de sent. qua pro eo quod interest prof.*— no permite que exceda del doble valor de la cosa que constituye el objeto de la obligación primitiva; de la misma manera cuando la pena estipulada en lugar de daños y perjuicios, es excesiva, debe reducirse; pues esta pena puede muy bien, a la verdad, exceder la suma a que suben los daños y perjuicios, y aun ser debida en el caso aquel en que el acreedor no los sufriera, por lo mismo que es estipulada para evitar la discusión de hecho, si el acreedor ha sufrido efectivamente, y a cuánto sube lo que ha sufrido; pero teniendo cuenta de los daños y perjuicios del acreedor, pues es contraria a su naturaleza el que pueda llevarse más allá de los límites de lo que la ley prescribe para daños y perjuicios. Si la ley antes citada los restringe, y no permite que se pretendan *ultra duplum*, aun en el caso según el cual la inexecución del contrato habría efectivamente causado una más grande pérdida al acreedor, que por ese medio se encuentra *versari in damno*, con mayor razón se debe moderar la pena excesiva por la cual el deudor se ha sometido enteramente, cuando el acreedor no ha sufrido pérdida alguna, o que si la ha sufrido, está muy por lo bajo de la pena estipulada, y por consiguiente, en el caso en que *certat de lucro captando*. En fin, Dumoulin se funda en el texto de la dicha ley única —*Cod. de sent. pro eo quod interest*, etcétera—, que por lo general de sus términos parece comprender *interesse conventionale*, lo mismo que toda otra especie de daños y perjuicios.

Azon ha sido de una opinión contraria a la de Dumoulin, y decide que una pena convencional estipulada en sustitución de daños y perjuicios, no está sujeta a moderación alguna. Puede decirse, según su sentimiento, que hay una diferencia entre el interés convencional y los daños y perjuicios que no se reglan más que por el contrato. Por lo que toca a esos, es verdad que el deudor, al contratar la obligación primitiva, se le reputa haber contratado la obligación secundaria de daños y perjuicios que resultarían por la inejecución de la obligación primitiva, mas hay lugar para presumir que no ha entendido obligarse *in immensum* por daños y perjuicios, sino solamente *intra justum modum*, y hasta concurrencia de la suma por la cual creía que racionalmente podían subir; mas no puede decirse la misma cosa del interés convencional, pues *ubi est evidens voluntas, non reliquitur præsumptionis locus*. Por excesiva que sea la suma estipulada para formar la pena, en caso de inejecución de la convención, el deudor no puede oponer que él ha entendido obligarse por ella, cuando la cláusula del contrato es expresa. No obstante esas razones, la decisión de Dumoulin parece más equitativa. Cuando un deudor se somete a una pena excesiva, en caso de inejecución de la obligación primitiva que él ha contratado, hay lugar a presumir, que es la falsa confianza de que él no faltara a esta obligación primitiva, la que le lleva a someterse a una pena tan excesiva; que él dice no comprometerse a nada, al someterse a la misma, por cuanto está en disposición de no someterse a ella si creía que el caso de esta pena podía llegar; que así el consentimiento que él da a la obligación de una pena tan excesiva, siendo un consentimiento fundado en un error y en una ilusión que se ha hecho, no es un consentimiento válido; es por esto que estas penas excesivas deben reducirse al valor racional a que pueden subir lo más alto los daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de la obligación primitiva. Esta decisión ha de tener lugar en los contratos conmutativos, por cuanto la equidad que debe reinar en esos contratos, no permitiendo que una de las partes se enriquezca a expensas de la otra, sería contrario a que el acreedor se enriqueciera a expensas del deudor, exigiéndole una pena demasiado excesiva, y de un modo manifiesto superior al daño sufrido por la inejecución de la obligación primitiva. Esta decisión igualmente ha de tener lugar en las donaciones: *cum nemini sua liberalitas debeat esse captiosa*.

El texto de las Institutas, en el título de *inut. stip.* (§ 20), no contiene más que la ley 38 (§ 17, d. *verb. oblig.*) que no decide nada contra la decisión de Dumoulin; pues de que se diga: *Pœnam cum quis stipulatur, non inspicitur quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis*, se sigue solamente que la pena puede ser debida, aunque aquel que la ha estipulado

no sufra nada de la inejecución de la obligación primitiva o sufra menos; mas no se sigue en modo alguno que esta pena pueda ser inmensa, y no tener proporción alguna con lo que hace el objeto de la obligación primitiva.

Por lo que toca a la ley 56 (*de evict.*), que supone que se puede estipular en un contrato de venta la restitución del triple, o aun del cuádruplo del precio en caso de evicción, se responde de un modo diferente. Noodt pretende que las palabras *tripulum aut quadruplum* son una glosa que no es del texto, y que, por consiguiente, deben quitarse. Dumoulin (*ibid.*, n: 167 y siguientes) está en lo cierto cuando dice, que no es cuestión en esta ley de lo que se puede estipular de un modo válido en caso de evicción, y que así no debe concluirse que se pueda siempre e indistintamente en todos los contratos de venta estipular válidamente la restitución del triple o del cuádruplo del precio en caso de evicción; que solamente se debe concluir que esta estipulación puede tener lugar algunas veces en los contratos de venta; y esos casos son aquellos en los cuales una cosa ha sido vendida, no pura y simplemente, sino bajo las circunstancias del riesgo que pueda sufrir el comprador, por una gran parte de sus otros bienes, en caso de evicción de la cosa vendida, cuyo riesgo ha sido previsto y conocido por las partes contratantes, como en el siguiente ejemplo: Yo vendo a un mercader, un poco antes del tiempo de la feria, una habitación, con declaración en el contrato que ha de servir para meter dentro sus mercancías. El riesgo que corre el comprador, en caso de evicción en los tiempos de la feria, de no encontrar local en la feria ni para comprar ni para alquilar, y por consiguiente, de no poder vender sus mercancías, es un riesgo de un daño previsto en el tiempo del contrato por los contratantes, que puede sobrepasar de mucho el precio del local, y al cual se somete el vendedor; es por esto que en ese caso los daños y perjuicios que no se hayan fijado por el contrato podrían estimarse más allá del doble, del triple y del cuádruplo de la cosa vendida. Igualmente se puede en el mismo caso estipular una pena, es decir, más de doble del precio de esa cosa; y la pena en ese caso no se juzgara excesiva por no haber proporción con el precio de la cosa vendida, con tal que ella lo tenga con el perjuicio que el comprador ha sufrido por no haber podido vender sus mercancías, puesto que fué para prevenir este perjuicio que fué estipulada.

347. Nos falta observar que si la pena que suple los daños y perjuicios ordinarios es reducible, cuando es excesiva, con mayor razón las penas estipuladas en caso de defecto de pago de una suma de dinero, u otra cosa que se consume por el uso, deben reducirse a la tasa legítima de los intereses que suplen, o rechazárseles ente-

ramente, cuando se dé el caso en que se den cuando no es permitido estipularlos.

ARTÍCULO II

¿CUANDO HA LUGAR A LA OBLIGACION PENAL?

§ I. Del caso en que la cláusula penal haya sido añadida a la obligación de no hacer una cosa

348. Es evidente que en ese caso ha lugar a la obligación penal, y que la pena es debida tan pronto a que el que se había obligado bajo esta pena, a no hacer alguna cosa, ha hecho lo que se había obligado a no hacer.

349. ¿Es necesario que el hecho que da lugar a la obligación penal, haya tenido efecto? Eso depende de la intención que se suponga en las partes.

Supongamos que al final de una acta de división o de transacción que nosotros hemos hecho, nos hemos prometido recíprocamente no reclamar en contra, bajo pena por el contraventor de pagar una cierta cantidad al otro; después vos habéis presentado una demanda en contra mía para hacer declarar nulo el acto. Esta demanda, aunque no tenga efecto, y que el no ha lugar haya sido pronunciado, da lugar a la pena contra vos (*Arg., l. 122, § 6. v. de verb oblig.*). La razón está que al estipular de vos, bajo una cierta pena, que vos no reclamaríais contra la acta, lo que yo he entendido era, no precisamente que vos causarais daño alguno a dicha acta, la cual, siendo válida en sí misma, no era susceptible de sufrirlo, aun cuando no lo hubiese estipulado; lo que he entendido estipular de vos ha sido más bien que no me haríais proceso alguno. Basta, pues, que me hayáis intentado un proceso, aunque lo hayáis perdido, para que haya lugar a la pena. En ese caso no se puede decir que en ese ejemplo yo me haga pagar a la vez la obligación principal y la pena, lo que sería contrario al cuarto principio que nosotros hemos establecido en el artículo precedente; pues la obligación principal que vos habéis contratado para conmigo de no accionar contra el acto, y a la que la acción penal estaba unida, tenía por objeto el que vos no me haríais un proceso. Yo no he sido satisfecho, puesto que vos habéis intentado hacérmelo; por consiguiente, puedo exigir la pena.

Por lo contrario, si yo he estipulado con vos, bajo una cierta pena, que no alquilaríais vuestra casa vecina a la que yo ocupo, a obrero alguno que se sirva del martillo, el arriendo que vos hubieseis hecho con un cerrajero, si no se ejecutaba, no daba lugar a

pena alguna; puesto que lo que yo me he propuesto al estipular con vos, era que no me causarais la incomodidad del ruido que hacen dichos obreros. No habiendo sido ejecutado el arriendo, no se me ha causado incomodidad alguna, por lo tanto, no puede dar lugar a la pena.

Por la misma razón, Papiniano decide en la ley 6 (D. *de verb. ex port.*) que cuando un esclavo ha sido vendido a condición de que el comprador no lo emancipara, bajo una cierta pena si lo hacía, el acto nulo de la emancipación, no da lugar a la pena.

§ II. Del caso en que la cláusula penal haya sido añadida a la obligación de dar o de hacer alguna cosa

350. En ese caso ha lugar a la pena, cuando el deudor ha sido puesto en demora de dar o de hacer lo que ha prometido. Las leyes romanas hacen una distinción, entre si la convención contiene un término prefijo dentro del cual deba el deudor dar o hacer lo que se ha convenido o si no le contiene. En el primer caso, deciden que la pena se debe de pleno derecho tan pronto ha expirado el término, sin que sea necesario hacer interpelación alguna al deudor, y sin que pudiera quedar descargada de la misma aunque ofreciera después de expirado el plazo, satisfacer la obligación principal (L. 23, D. *de obl. et act.*).

La expiración del término parecía a los jurisconsultos romanos de tal manera suficiente para dar lugar a la pena, sin que hubiera necesidad de constreñir de otra manera al deudor, que daban lugar a la misma aun en el caso de que el deudor hubiera muerto antes de dicho término sin dejar heredero, y por consiguiente, aunque no se encontrara persona alguna a quien se pudiera poner en demora de pagar; esta es la decisión de la ley 77 (D. *de verb. oblig.*).

Hay más; la ley 113 (*de verb. oblig.*) decide que cuando la obligación a la cual se ha añadido la cláusula penal, consiste en hacer una cosa dentro de un cierto tiempo, la pena se debe, aun antes de la expiración del término, tan pronto resulta cierto que la obra no puede hacerse dentro del término que se hubiera después concedido al deudor, no le descargaría de la pena en que hubiere incurrido antes de esta prorrogación.

En el segundo caso, cuando la obligación de dar a hacer alguna cosa no contiene de una manera determinada un término en que debe cumplirse, en ese caso la ley 122 (§ 2) decide que no ha lugar a la pena que por la litis contestación sobre la demanda del acreedor.

Según nuestros usos, sea que la obligación primitiva contenga un término dentro del cual debe cumplirse, sea que no contenga

ninguno, es necesario por lo común ¹ una interpelación judicial para poner al deudor en demora, y para dar, en consecuencia, lugar a la pena.

Sólo nos falta observar que no puede haber lugar a la pena cuando es por el hecho del acreedor, que el deudor se ha visto obligado a no cumplir su obligación (L. 122, § 3, *de verb. oblig.*).

ARTÍCULO III

SI EL DEUDOR PUEDE, SALDANDO POR PARTES SU OBLIGACION, EVITAR LA PENA POR PARTES

351. Un deudor no puede pagar a su acreedor, a pesar suyo, parte de lo que le debe, en tanto que su obligación, aunque divisible, está todavía indivisa, como lo veremos *infra* (p. 3, cap. 1, art. 3º, § 2). Es por esto que los ofrecimientos que hará a su acreedor de pagar por parte lo que le debe, no pueden evitarle parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución, si el acreedor rehusa el pago parcial.

Mas si el acreedor ha recibido voluntariamente parte de su deuda, ¿habrá lugar a la pena por el total, en caso de defecto de pago de la parte que resta a pagar? Ulpiano en la ley 9 (§ 1, D. *si quis caution. in jud.*) decide que bien que la sutilidad del derecho, parece ser que la pena debería abonarse por el total, sin embargo, es de equidad que no lo sea más que por la parte que falta abonar de la obligación principal. La verdadera razón de esta decisión está en la que da Dumoulin, y que hemos citado más arriba, a saber, que reputándose la pena como una indemnización por la inejecución de la obligación principal, el acreedor no puede recibir una y otra cosa. Cuando, pues, el acreedor ha sido pagado por partes, no puede recibir la pena sino también por partes, pues de otro modo recibiría una y otra lo que no debe ser. Esta es la décima de las claves de Dumoulin en su *Tratado de div. et ind.*, (p. 3, nº 112): *In omnibus sive individuis, sive dividuis, pæna non committitur, nisi pro parte contraventionis efficacis, nec potest exigi cum principali; sed creditor non tenentur partem principalis et partem pæna accipere.*

Eso se pondrá claro por medio de un ejemplo. Al venderme una alquería desprovista del ganado necesario para hacerla valer, vos os habéis obligado a suministrarme dos pares de bueyes, bajo pena de 500 libras en daños y perjuicios para el caso de que dejareis de suministrármelos. En ese caso no podéis obligarme a recibir un par de bueyes, puesto que no vengo obligado a recibir

¹ Digo por lo común, pues hay casos en que la pena, lo mismo que los daños y perjuicios, pueden estar incursos sin interpelación.—*Supra*, nº 147.

por partes lo que me es debido; por consiguiente, la oferta que me hacéis de un par de bueyes, si no los quiero recibir, no impedirán por esto que vos no seáis responsable para conmigo de entera pena o sea de las 500 libras; mas si yo voluntariamente recibo uno de los pares de bueyes que vos me debéis, caso de que no podáis darme el otro par, yo no podría pedirós más que la mitad de la pena, pues habiendo recibido una parte de la que constituía el objeto de la obligación principal, yo no puedo recibir la pena entera, por cuanto no puedo cobrar lo uno y lo otro.

352. Nuestro principio de que la pena no es debida más que por la parte por la cual la obligación principal no ha sido ejecutada, tiene lugar, ya sea que vos os hayáis comprometido por una tal pena, en caso de que hicierais tal cosa; sea que vos me lo hubieseis prometido, para el caso de que un tercero hiciera tal cosa. Por ejemplo, si vos os hubieseis hecho garante, bajo pena de pagarme cien escudos, de que Pedro no reivindicaría de mí una heredad, la pena no se me debería más que por mitad, caso de que Pedro no la reivindicase más que por mitad, a menos de que no apareciera de una intención contraria a las partes (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 531).

353. Esas decisiones tienen sobre todo lugar con relación a las obligaciones de las cosas divisibles. Parecen como que no puedan recibir aplicación a las obligaciones de las cosas indivisibles, sin embargo, se aplican alguna que otra vez.

1º Bien que el ejercicio de una servidumbre predial sea alguna cosa indivisible, y que en consecuencia, la obligación que contrata el poseedor de la heredad que sirve, de sufrir el ejercicio de la servidumbre sea una obligación individual; sin embargo, cuando esta servidumbre se ha limitado a un cierto fin termina en algo que es divisible, la pena se dividirá, si este fin ha sido llenado en parte; y no tendrá lugar que por la parte en que aquella no haya sido llenada; eso se comprenderá mejor por un ejemplo.

Yo tengo una heredad que tiene un derecho de servidumbre sobre la vuestra, cuyo derecho consiste en que los poseedores de la heredad sirviente están obligados en tiempo de la vendimia, de sufrir el que mi gente transporte mi vendimia por esta heredad, bajo pena de cien escudos en caso de perjuicio hecho a mi derecho de servidumbre. En este ejemplo, si después de haber dejado pasar la mitad de la vendimia, me impedís el transporte del resto por vuestra heredad, no habríais incurrido en la pena de cien escudos más que por mitad; pues, aunque la servidumbre de paso sea indivisible, y que la obligación de sufrir el ejercicio de esta servidumbre sea la obligación de alguna cosa indivisible, sin embargo, como

esta servidumbre se limita a un fin, que es el transporte de mi vendimia, y que mi vendimia es una cosa divisible, no se puede dejar de convenir que yo he disfrutado en parte del fin por el cual la servidumbre se ha impuesto, por cuanto me habéis dejado pasar la mitad de mi cosecha por vuestra heredad. Yo no podría, pues, pedir más que la mitad de la pena; pues yo no puedo percibirla por el total, y disfrutar en parte de la utilidad de mi derecho de servidumbre; pues no puedo tener uno y otro a la vez. Esto es lo que enseña Dumoulin en el ejemplo que acabamos de citar: *Quia —dice— hæc servitus de se individua, dividuatur, ex accidenti et ex fine dividuo... et debet judicari secundum regulam dividuorum* (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 369).

354. 2º Nuestros principios reciben todavía alguna aplicación, aun para con las obligaciones indivisibles, en el caso siguiente y otros análogos. Vos os habéis comprometido por un tratado, bajo una cierta pena, a hacerme constituir un derecho de servidumbre de paso sobre una heredad de la que vos tenéis el usufructo, y que es vecina de la mía, haciéndoos garante de los propietarios. Tres de los propietarios ratifican, uno sólo se niega a imponer la servidumbre. La pena, en verdad, me es debida por entero, pues la negativa de un sólo propietario a imponer la servidumbre, impide que en modo alguno pueda imponerse, no obstante la ratificación de los otros tres, por cuanto un derecho de servidumbre no puede imponerse por parte, sino por el consentimiento de todos los propietarios, mas como esta ratificación, aunque sea del todo inútil para imponer un derecho real de servidumbre sobre la heredad, tiene, sin embargo, un efecto, que consiste en obligar personalmente a aquellos que han ratificado el que me dejen pasar por su heredad, yo no puedo exigir toda la pena, como no sea desistiendo de mi derecho que resulta de esta obligación; de otro modo yo no podría exigir más que una parte de la pena, no pudiendo percibirlo todo a la vez, y al mismo tiempo percibir alguna cosa de la obligación principal (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, números 472 y 473).

355. Nuestro principio de que la pena no es debida más que en proporción de la parte por la cual la obligación principal no ha sido ejecutada, tiene lugar, aun cuando la pena consistiera en alguna cosa indivisible. *Finge*: Yo os he vendido una heredad, de la que me habéis pagado su precio al contado, excepto cincuenta pistolas que os habéis obligado a pagarme dentro de un año, habiendo convenido entre nosotros dos que en defecto del pago de dicha suma, me concederías en sustitución de la misma, un derecho de vista sobre una casa de vuestra propiedad, vecina de la mía.

Yo he recibido de vos veinte y cinco pistolas; falta de pago por el resto, yo no puedo exigir la pena por el total, sino tan sólo por la mitad, por cuanto la obligación principal no ha sido ejecutada; y como la pena consiste en un derecho de servidumbre, que es indivisible, y no susceptible de partes, es necesario que al pedirlos que me concedáis ese derecho de servidumbre, yo os ofrezca pagar la mitad del valor no siéndome la pena debida más que por mitad. (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 523 y siguientes. Véase *supra.*)

ARTÍCULO IV

SI SE INCURRE EN LA PENA POR EL TOTAL Y POR TODOS LOS HEREDEROS DEL DEUDOR, POR LA CONTRAVENCION DE UNO DE ELLOS

Es necesario distinguir en este punto entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones divisibles.

§ 1. Decisión de la cuestión en relación de las obligaciones indivisibles

356. Cuando la obligación primitiva que ha sido contratada bajo una cláusula penal es la obligación de una cosa indivisible, la contravención hecha a esta obligación por uno sólo de los herederos del deudor, da lugar a toda la pena, no sólo contra aquel que ha dado lugar a la pena por su contravención, si que también contra todos sus coherederos, que son todos responsables de esta pena por la parte de que son herederos, salvo su recurso contra aquel que, por su contravención, ha dado lugar a la pena para que les exima de responsabilidad.

Por ejemplo, cuando uno se ha obligado para conmigo a dejarme pasar por su heredad, contigua a la casa que yo ocupo, en tanto que yo ocupe esta casa, bajo pena de diez libras de daños y perjuicios en caso de que me lo impida. Si uno de los herederos de mi deudor me cierra el paso, aunque sin la participación y contra la voluntad de sus coherederos, la pena entera de diez libras deberá hacérseme efectiva; y lo será contra cada uno de los herederos de mi deudor, que serán responsables cada uno por su parte hereditaria; pues en lo que constituye el objeto de la obligación primitiva, siendo indivisible, no siendo susceptible de partes, la contravención hecha por uno de los deudores del deudor hecha a esta obligación, es una contravención a toda la obligación; y por consiguiente, hace incurrir en toda la pena a todos aquellos que son reputados como herederos del deudor, que se han obligado a esta pena en caso de contravención.

Esta es la decisión de Catón, en la ley 4 (§ 1, D. *de verb. oblig.*). *Cato scribit: Pæna certæ pecuniæ promissa si quid aliter sit fac-*

tum, mortuo promissore, si ex pluribus hæredibus unus contra quam cautam sit, ferecit, aun ab omnibus hæredibus pœnam committi pro portione hæreditaria, aut ab uno por portione sua. Ab omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit, veluti iter fieri, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodam modo factum videtur. Y más abajo: Omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari poterit, illam stipulationem per te non fieri quominus mihi ire agere liceat.

El jurisconsulto Paulo decide la misma cosa en la ley 85 (§ 3, D., *id. tit.*): *Quoniam licet ab uno prohibeor non tamen in partem prohibeor; y añade: sed cæteri familiæ ercircundæ iudicio sarcient damnium.*

No siendo los herederos responsables, cada uno, más que por la parte de que es heredero, son en esto diferentes de los deudores solidarios, que son deudores de la pena por el total, cuando en ella incurre uno de ellos, como lo son de lo principal.

357. ¿Puede el acreedor pedir la pena entera a aquel de los herederos que ha faltado a lo pactado? La razón de la duda está en que la ley no lo dice, sino que por lo contrario dice que la pena es debida por todos los herederos, por su porción hereditaria solamente. Se añade que la contravención del heredero no da lugar a la deuda de la pena, que en tanto que esta contravención es como la condición, bajo la cual la pena ha sido contratada por el difunto; siendo una deuda del difunto, y una deuda divisible, el heredero no puede ser responsable sino por la porción por la cual es heredero, y por la cual sucede en esta cualidad a las deudas del difunto.

Es necesario decidir, sin embargo, que el heredero que contraviene a la obligación indivisible contratada por el difunto, es deudor de la pena por el total. No se puede dudar que no sea responsable por lo menos oblicuamente o indirectamente; pues estando obligado a indemnizar a sus coherederos de las partes de que son responsables, el acreedor debe ser admitido para evitar el círculo de acciones, a pedirle la pena, no solamente por su parte, sino por las de sus coherederos de que él tiene la responsabilidad de exonerar, y por consiguiente por el total.

Dumoulin (p. 3, nº 173 y 174 *et passim alibi*) va más lejos: sostiene que este heredero debe la pena por el total, no solamente oblicuamente, sino aun directamente, pues la obligación primitiva, suponiéndose indivisible, es deudor de ella por el total, y deudor bajo la pena convenida; ahora bien, su contravención a una obligación de la que él es responsable por el total debe hacerle incurrir en toda la pena. Eso se prueba por medio de un argumento sacado de la ley 9 (D. *depos.*), que nosotros hemos citado más arriba. Donde se decide que el heredero por parte del depositario,

que, por su hecho ha causado la pérdida de la cosa dada en depósito al difunto, es responsable por el total de los daños e intereses para con quien han sido dados en depósito. En efecto, aunque la obligación principal de restituir la cosa depositada sea una obligación divisible, la obligación accesoria de la prestación de la buena fe por la conservación de la cosa depositada es una obligación indivisible, de la que cada uno de los herederos del depositario es responsable por el total, y que le hace deudor por el total de los daños y perjuicios del acreedor cuando contravienen a la misma. Si un heredero por parte, que contraviene por su hecho a una obligación indivisible del difunto, es deudor por el total de los daños y perjuicios, debe serlo también por el total de la pena, puesto que la pena viene en lugar de daños y perjuicios, y no es más que la liquidación convenida por las mismas partes. Tal es el razonamiento de Dumoulin.

Respecto a la primera objeción, sacada del párrafo de Catón, he aquí la respuesta. Cuando Catón decide que, en las obligaciones indivisible, la contravención hecha por uno de los herederos hace incurrir la pena contra cada uno de ellos por sus posesiones hereditarias, no entiende hablar más de los herederos que no han participado a la contravención. Por lo que toca a la segunda objeción, que consiste en decir que la obligación de la pena, siendo una obligación divisible contratada por el difunto, cada heredero no puede ser responsable más que por la parte de lo que es heredero, la respuesta de Dumoulin es, que eso es verdad, cuando el heredero no es responsable que como heredero, *tanquam hæres*; más cuando es responsable *ut ipse et ex proprio facto*, no es responsable más que por el total; y esa es una de las claves para decidir las cuestiones sobre esta materia: *Aliud est teneri hæredem; aliud teneri ut ipsum.* (Dumoulin, *Tr. de div. et indiv.*, p. 3, nº 5 y 112.)

358. Cuando la contravención de una obligación indivisible es hecha por uno de los herederos del deudor, el heredero que ha hecho la contravención, siendo responsable de la pena por el total, es necesario, por la misma razón decidir, que si la contravención ha sido hecha por varios herederos, cada uno de ellos es solidariamente responsable de la pena, pues las contravenciones de sus coherederos no disminuyen la suya. *Nec qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati consortem habuit; multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat* (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 148).

359. Todo lo que hemos dicho en ese párrafo en relación a los herederos del deudor de una deuda indivisible recibe aplicación en relación de varios deudores principales, quienes han contratado por junto sin solidaridad, y bajo una pena, una obligación indi-

visible; la contravención hecha por uno de ellos obliga a los otros a la prestación de la pena, cada uno por su parte individual, salvo ese recurso; pues obliga por el total a aquel que la hace. Cuando la contravención ha sido hecha por varios, obliga solidariamente.

§ II. Decisión de la cuestión en relación a las obligaciones divisibles

360. Cuando la obligación primitiva que ha sido contratada bajo una cláusula penal, es la obligación de un hecho divisible, Catón en el párrafo arriba citado, parece decidir que aquel de los herederos del deudor que contraviene a esta obligación, incurre sólo en la pena por la parte de que es heredero: *Si de eo cautum sit quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi, eum heredem qui adversus ea facit, pro portione sua solum pœnam committere.*

Se puede explicar de esta manera el caso de la ley: una persona se ha comprometido para conmigo bajo pena de 300 libras, a consentir en la sentencia de un árbitro que había dado por mal fundada una demanda suya por la cual pretendía ser mi acreedor por una cantidad de diez moyos de trigo. Uno de sus herederos que lo es por una quinta parte, ha renovado la contestación, contra la fe de dicha convención, y me pide la quinta parte de los diez moyos de trigo, que el árbitro había decidido que yo no debía; en este caso incurre sólo en la pena convenida, pero no más que por la quinta porción de lo que él es heredero. La razón está en que la obligación es divisible; y este heredero no habiendo podido contravenir más que por la parte por la cual es responsable, no puede ser responsable de la pena más que por esta parte; sus coherederos, quienes, lejos de contravenir a esta obligación, han satisfecho la misma por su parte, dando su aquiescencia a la sentencia del árbitro, no pueden ser responsables de la dicha pena; por otra parte, el acreedor que está satisfecho por lo que toca a la parte principal de la obligación, no puede exigir la pena por su parte, no pudiendo a la vez cobrar la obligación principal y la pena, como lo hemos visto más arriba (nº 343 y siguientes).

El párrafo *Si sortem*, de la ley 4 (§ *dicto tit.*), parece contrario a esta decisión de Catón.

Decídese en él que cuando uno de los herederos del deudor ha satisfecho la obligación por la parte de que era responsable, no deja por esto de incurrir en la pena si el coheredero no satisface igualmente a la misma; salvo el recurso que le queda contra ese coheredero que ha hecho que incurriera en la pena, por no satisfacer por su parte la obligación: *Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi unus ex hæredis tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet. donec portio cohæredis solvatur... Sede a cohærede ei satisfieri debet, nec*

enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest.

Los intérpretes, tanto antiguos como modernos, se han esforzado en conciliar esos dos textos. Dumoulin cita diferentes conciliaciones de los antiguos intérpretes, refutándolas todas.

Es preciso atenerse, empero, a las de Cujas y Dumoulin (*Tr. de div. et indiv.*, p. 1, nº 62 y siguientes) que se deben reunir en una sola y decir: Cuando la obligación es indivisible, *tam solutione quam obligatione*, cuando la intención de las partes, al añadir la cláusula penal, ha sido simplemente la de asegurar la ejecución de la obligación, y no la de impedir que el pago no pueda hacerse por partes por los diferentes herederos del deudor, no pudiendo cumplirlo de otra manera que cada uno por la parte de que es heredero; en ese caso la decisión de Catón ha lugar; aquel de los herederos que contraviene a la obligación, debe sólo incurrir de la pena, y sólo por la parte de que es heredero. El caso citado en el párrafo de Catón —*amplius non agi*— es de esos hechos divisibles *tam solutione quam obligatione*, y que por la naturaleza de las cosas, no pueden cumplirse por los diferentes herederos de aquel que ha contratado el compromiso, más que por la parte de que cada uno es heredero; pues no sucediendo cada uno de sus herederos más que por su parte en el derecho y a la pretensión a que se obligó el difunto de no ejercer, cada uno de los herederos no puede contravenir o ejecutar dicho compromiso más que por su parte, renovando o no esta pretensión por la parte que tiene en el mismo.

Por lo contrario, cuando la obligación es divisible, en verdad, *quoad obligationem*, más indivisible, *quoad solutionem*, y que la intención de las partes ha sido al añadir la cláusula penal, que el pago no pueda hacerse más que por el total, y no por partes; en ese caso cada uno de los herederos, al satisfacer por su parte a la obligación primitiva, no evitará el incurrir en pena; y es a ese caso a lo que se debe constreñir el párrafo *Si sortem*, que se concilió con el párrafo citado de Catón.

Dumoulin (*ibid.*, p. 1, nº 72) da por ejemplo de la decisión del párrafo *Si sortem*, el caso de un negociante que ha estipulado de su deudor una cierta suma en forma de pena caso de que la suma principal que se le deba no le sea entregada en cierto lugar, cuando cese cierta feria.

Los ofrecimientos que uno de los deudores hiciera para entregarle parte de dicha cantidad, no deben impedir que la pena no sea debida por el total, falto de ofrecer el total, por cuanto ese negociante no pudiendo hacer los negocios que pensaba hacer en la feria que con el total de la suma que se le debe, la intención de las partes ha sido, el estipular la pena, que se incurriera en ella por el total, caso de que faltare el pago de la suma debida, y no

obstante el pago parcial que de la misma se hubiera hecho; pues ese pago parcial no puede reparar ni aun por parte el daño que el acreedor sufre por el retardo del resto del pago, y es por las reparaciones de ese daño que la pena ha sido estipulada. Observad también que en la especie del párrafo *Si sortem*, la pena es estipulada por el retardo de la ejecución, y no por la inejecución, es por esto que el acreedor debe recibir lo principal y la pena.

La ley 85 (§ 6, *dicto tit.*) se encuentra también en el caso de una obligación divisible, a la verdad, *quoad obligationem*, más indivisible *quoad solutionem*; y se dice en el caso de esta estipulación: *Si fundus Titianus datus non erit, centum dari; nisi totus detur pœna committitur centum; nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum nec prodest ad liberandum pignus, partes creditore solvere.* Aunque la obligación de dar *fundum Titianum* sea una obligación divisible *quoad obligationem* por cuanto el acreedor teniendo interés de no cobrar por parte del fundo de Ticiano, y no habiendo entendido adquirirlo por el total, es por esto que si uno de los herederos del deudor está en demora de dar su parte de esa heredad, las ofertas de los otros deudores de dar las suyas, la misma cesión que de ellas hubiesen hecho al acreedor, que no las hubiera aceptado sino atendiendo y contando sobre la cesión del resto, no impediría, empero, al acreedor el desistir de las partes de la heredad que hubiese recibido; puesto que no puede tener lo uno y lo otro.

361. En el caso del párrafo *Si sortem*, cuando uno de los herederos por parte del deudor, por no satisfacer la obligación primitiva va por la parte de que es responsable ha hecho incurrir la pena contra los otros que estaban prontos a satisfacer su partes, ¿incurre él mismo en esta pena por el total? No incurre en ella directamente más que por la parte de que es heredero; pues no siendo responsable de la obligación primitiva que por esta parte, no puede haber contravenido el mismo que por esta parte; no puede, pues, incurrir por esta parte en la pena, que debe ser proporcional a la contravención. En eso las obligaciones divisibles difieren de las indivisibles. Mas aunque no sea responsable directamente de la pena que por su parte, es responsable indirectamente por el total; pues sus coherederos que estaban prontos a cumplir la obligación por su parte, habiendo incurrido en la pena, por la demora en que ha puesto dicho derecho en satisfacer la suya; este heredero se le considerará para con ellos, *juditio familiæ eriscunda*, en el caso de quitarles de responsabilidad (*dicto § Si sortem*); y para evitar un circuito de acciones inútiles, el acreedor puede ser recibido a exigir la pena de este heredero, no sólo por la parte de que es responsable directamente, sino también por las

de sus coherederos, de los que está obligado a eximirles, y por consiguiente, por el total.

362. Hasta el presente hemos hablado del caso aquel en que el heredero por parte ha dejado de satisfacer una obligación divisible del difunto, por la parte de la que era responsable; el ejemplo del párrafo de Catón, y el del párrafo *Si sorem*, aunque diferentes entre sí, como ya lo hemos observado, se encuentra uno y otro en ese caso. Otro caso se puede suponer, acerca del cual no tenemos texto alguno de derecho; y es aquel en que el heredero por parte de aquel que hubiese contratado bajo una cláusula penal una obligación divisible contraviniera por la parte de que es heredero, a esta obligación del difunto.

Por ejemplo: una persona ha arrendado su heredad a un tal, y deja cuatro herederos, de los cuales uno ha expulsado el arrendador por el total. Sobre este caso nacen dos cuestiones: la primera es la de saber si en ese caso dicho heredero incurre en la pena por el total; la segunda, si ha incurrido no sólo contra él, si que también contra sus coherederos por su parte hereditaria. La razón de la duda sobre entrambas cuestiones, está en que no siendo responsable este heredero más que como heredero por la parte que ha heredado, de la conservación del arriendo, debe ser considerado por las otras partes como un extraño; el perjuicio que cause al arrendador, no lo causa más que como heredero y por su parte; haciéndolo pues, como un extraño para con las otras partes, de donde se concluye que de la misma manera que el perjuicio que un extraño sin derecho hubiese causado al arrendador, no habría dado lugar a pena ni contra ese extraño, que sería solamente responsable de daños y perjuicios, ni contra los herederos del arrendador, que sólo se hubieran visto en el caso de hacer entrega de la finca, a proporción del defecto de disfrute, en caso de insolvencia de aquel que hubiere causado el perjuicio, de la misma manera, en ese caso el heredero no ha incurrido más que en parte en esa pena, esto es, por la parte de la que es heredero; debe sí, solamente ser responsable de los daños y perjuicios por el resto, y la pena no debe caer con mayor razón contra sus coherederos. Sin embargo, Dumoulin, que agita estas cuestiones (*Tr. de div. et indiv.*, p. 3, nº 412 y siguientes), decide que en este caso el heredero por parte incurre en la pena por el total, y aunque en ella se incurre contra sus coherederos, por la parte de que cada uno es heredero. Para establecer su decisión, y para refutar al mismo tiempo el razonamiento que acabamos de citar, distingue en esta obligación de conservación del arriendo, y en todas las otras obligaciones divisibles, dos especies de obligaciones; la principal, tal como es, en ese ejemplo, la de la conservación del arriendo, y que es

divisible; y la obligación accesoria, que es la obligación de la prestación de la buena fe, que es indivisible, y de la que en consecuencia cada heredero es responsable por el total. El heredero por parte del arrendatario, que expulsa al arrendador, no era, en verdad, responsable de la obligación principal más que por su parte; mas era responsable por el total y de un modo indiviso de la prestación de la buena fe. Esta buena fe le obligaba a no causar perjuicio alguno en el goce del arrendador de su contrato, no sólo por su parte, sí que también por las otras partes. Al expulsar al arrendador del total, no debe, pues, considerársele simplemente como habiendo pecado en calidad de extraño, por relación a las otras partes, sino como habiendo contravenido a la obligación de la prestación de la buena fe, de la que era responsable como heredero, aun en relación a las otras partes. Esta contravención, dándose, pues, una contravención, aun en relación, a las otras partes, y por consiguiente, para con el total de una obligación hereditaria, contratada por el difunto bajo la pena contenida en la convención, debe dar lugar al total de la pena contra el heredero que ha contravenido a ella; tal es la decisión de Dumoulin para la primera cuestión. Dumoulin confirma esta decisión por razonamientos. Si fuese verdad —dice— que este heredero al expulsar totalmente al arrendador no debiese ser considerado más que contraviniendo sólo por su parte, y como no habiendo faltado para los otros más que como un extraño, se seguiría de aquí que el arrendador no tendría la razón de esta contravención por las dichas partes, la hipoteca que resulta de un contrato con los bienes del difunto. Se seguiría que aun si el arriendo hubiese pasado bajo un sello atributivo de jurisdicción, tal como el del Chatelet de Orleans, el arrendador no podría emplazar este heredero que le había expulsado, no solamente por su parte, sino por las otras partes, y por el total, en una obligación hereditaria; y por consiguiente, debe ser responsable, naturalmente, por el total de la pena convenida en caso de contravención.

Respecto a la segunda cuestión, Dumoulin, por la misma razón, decide que incurre en la pena no sólo este heredero, sino que también cada uno de sus coherederos, por la parte de que son herederos; pues por la cláusula penal el difunto se ha obligado, él y todos sus herederos, al pago de la pena, en caso de contravención a la obligación primitiva. Basta, pues, que haya habido una contravención para que se pueda decir que la condición bajo la cual ha sido contratada esta obligación de la pena, ha existido, y por consiguiente para que todos los herederos del difunto sean responsables de ella.

Si el difunto hubiese dado garantías *in omnem causam* de que la garantía se extendiera tanto a la obligación primitiva como

a la obligación penal, el hecho de este heredero que ha expulsado al arrendador, hubiese obligado a los fiadores a la prestación de la pena; con mayor razón, pues, debe obligar a sus coherederos que heredan esta obligación con la calidad de deudores principales.

363. Esta decisión sobre la segunda cuestión tiene lugar aun cuando aquel de los herederos que ha expulsado al arrendador fuera el único responsable de la obligación primitiva de la conveni- ción del arriendo, como en el caso siguiente: Yo he dado en arriendo un propio paterno a un arrendador bajo pena de 200 libras en caso de que yo no le dejara disfrutarlo. Dejo un heredero de ese propio paterno, y varios otros herederos en otra línea de bienes. Este heredero paterno, impide por su hecho al arrendador dicho disfrute, *puta*, vendiendo la heredad sin cargar al adquirente la conservación del arriendo. Aunque este heredero fuera sólo responsable de la obligación primitiva de la conservación del arriendo, según los principios expuestos más arriba (nº 302), por cuanto esta obligación sólo es la obligación de un cuerpo cierto a la que ha heredado; sin embargo, su contravención a esta obligación hará incurrir en la pena a todos los herederos, por la parte de que cada uno es heredero; pues la deuda de la pena es la deuda de una cantidad de dinero, contratada por el difunto bajo la condición de esta contravención, en cuya deuda, por consiguiente, todos los herederos del difunto heredan. Por lo demás, les queda recurso contra aquel que ha sido autor de la contravención (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 430).

364. He aquí otro caso. Un usufructuario ha hecho un contrato de arriendo de una heredad de la que tenía el usufructo, callando su cualidad de usufructuario, y dándose por su propietario, estipulando además una pena de 200 libras para el caso de que no dejara al arrendador el disfrute de la heredad. Muere y deja cuatro herederos de quienes uno es el heredero de dicha propiedad, y en calidad de tal expulsa al arrendador. Ha lugar a la pena contra los cuatro herederos; mas aquel que lo ha expulsado no es responsable más que por su parte, y no está obligado como en el caso que precede a indemnizar a los otros, pues teniendo, en su cualidad de propietario, el derecho de disfrutar de su heredad, no ha pecado contra la buena fe: *Dolo non facit qui jure suo utitur*; él no es responsable de la inejecución del arriendo y de la pena que por su cualidad de heredero, y por consiguiente, sólo por su parte hereditaria (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 432).

ARTÍCULO V

SI SE INCURRE EN LA PENA POR EL TOTAL, Y PARA CON TODOS LOS DEUDORES DEL ACREEDOR, POR LA CONTRAVENCION DE UNO DE ELLOS

365. Pablo, en la ley 2 (§ *fin. de verb. oblig.*), decide esta cuestión por el ejemplo de una estipulación penal opuesta a una obligación primitiva indivisible. *Finge*: Vos os habéis, por una transacción, obligado para conmigo a dejarme pasar a mí y a mis herederos por vuestro parque, tanto a pie como a caballo, y con bestias de carga, bajo pena de 12 libras en caso de que contraviérais a vuestra obligación. Muero y dejo cuatro herederos. Vos habéis impedido la entrada del parque a uno de los cuatro herederos, y se la habéis permitido a los otros tres. Pablo decide en ese caso siendo hecha la contravención a una obligación indivisible, y no susceptible de partes no puede ser una contravención parcial, que de esta suerte la pena a la cual da lugar, parecerá, según la sutilidad del derecho, haberse incurrido en ella por el total en provecho de todos los herederos a quienes se rehusa la entrada, y sólo por su parte hereditaria. *Si stipulator decesserit, qui stipulatus erit sibi hæredique suo agere licere, et unus ex hæredibus ejus prohibeatur, si pœna stipulationi sit adjecta, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli exceptione summovebentur (dicto §)*. La razón está en que la equidad no permite que los tres herederos a quienes el deudor ha concedido la entrada en su parque, puedan al mismo tiempo percibir todo el provecho de la ejecución de la obligación, y percibir la pena estipulada para la inejecución de esta obligación, ni que ellos puedan quejarse de la contravención que el deudor ha hecho a su obligación para con su coheredero, a cuya contravención no tenían interés alguno. *No debet aliquis habere simul simplementum obligationis, et pœnam contraventionis; et pœna quæ subrogatur loco ejus quod interest, non debet committi his qui non sunt prohibiti, et quorum nulla interest cohæredem ipsorum esse prohibitum (Dumoulin, ibid., p. 1, números 32 y 35)*. La ley 3 (§ 1, *dicto título*) parece contraria. La respuesta está en que Ulpiano no habla según las sutilezas del derecho.

La contravención hecha a la obligación por el deudor para con uno de los herederos, no da lugar a la pena más que para con este heredero, y por su parte hereditaria solamente, aunque la obligación primitiva fuese indivisible; con mayor razón, pues, se debe decidir la misma cosa, cuando la obligación primitiva es una obligación divisible.