

SECCION VII.—De las obligaciones con cláusula penal.

§ 1° NOCIONES GENERALES,

Núm. 1. Como se establecen las penas.

424. El art. 1,226 define la obligación penal en estos términos: “La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de un convenio, se obliga á alguna cosa en caso de no cumplirlo.” Esta es la pena convencional que las partes contratantes estipulan, como lo dice el art. 1,229, para valuar y determinar los daños y perjuicios á que tiene derecho el acreedor en caso de falta de cumplimiento de la obligación principal. En el fondo es idéntica á la cláusula prevista por el art. 1,152, es decir, á la cláusula de los daños y perjuicios convencionales, que tiene el mismo fin. En cuanto á los términos que las partes emplean para manifestar su voluntad, son indiferentes; puede haber cláusula penal sin que las partes pronuncien la palabra “pena,” los jueces del hecho interpretarán la intención de los contratantes.

En una escritura de concesión de mineral de fierro, se dijo: “El adjudicatario extraerá anualmente tal cantidad de mineral que el tributo se eleve al menos á la mitad de la suma de 200 francos. En caso de una extracción mediana ó nula el mínimum del tributo será pagado á título de “daños y perjuicios.” Se juzgó que esta cláusula era una obligación penal, puesto que tenía por objeto garantizar el

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 286 y siguientes, núm. 161 bis, III.

(art. 1221). Es decir, que los herederos del acreedor quedan comprendidos en la regla, que es la división. Los créditos del artículo 1221 se dividen, pues, de pleno derecho entre los herederos del acreedor, como toda obligación divisible; así no puede reclamar cada uno de ellos mas que su parte hereditaria en el crédito; mas si el deudor á su vez viene á morir dejando varios herederos, cada heredero del acreedor podrá demandar el pago del total de su parte al heredero que está obligado á pagarle el todo, siguiendo las distinciones hechas por el artículo 1221.

423. Los herederos del deudor no están ligados por ningún lazo, pues la deuda se divide entre ellos según la parte hereditaria de cada uno, y ésta división produce todos sus efectos, salvo la excepción que hace el artículo 1221. De que uno de los herederos ó cada heredero pueda ser demandado por el todo, no se debe concluir que la prescripción es interrumpida por el todo contra todos los deudores, porque esto sería dar una disposición excepcional, lo que no es posible. Todo lo que resulta de los principios, es que el acreedor que obra por el todo contra uno de los herederos, conserva su derecho contra éste; ir más léjos sería traspasar la ley.

El artículo 1249 resiste igualmente á una interpretación extensiva, pues no es aplicable mas que á las obligaciones indivisibles, y el artículo 1221 no dá el nombre de *obligaciones indivisibles* á aquellas que no lo son mas que bajo el punto de vista del pago. Esto decide la cuestión. El acreedor que deja perder su derecho por la prescripción no obrando mas que contra aquel de los herederos que está obligado al pago de toda la deuda, debe tener en cuenta á aquel de la parte de sus coherederos para con los cuales su derecho prescribio, porque el heredero condenado por el todo no tendrá mas recurso contra sus coherederos,

cumplimiento de la obligación que el concesionario co-
trajo de procurar á los cedentes un tributo fijo por año.(1)
Esto no es dudoso, puesto que daños y perjuicios conven-
cionales y pena son sinónimas.

Se presentó un caso en que, sin ninguna estipulación de
daños y perjuicios ni de pena, se juzgó que había cláusula
penal. Un comprador exigió recibo de un suplemento de
precio ficticio, como sanción de la obligación contraída por
el vendedor de no atacar la venta. En caso de rescisión,
se le restituirá un precio superior al que se le debía pagar,
lo que constituyó una cláusula penal. (2)

425. Sucede con frecuencia que los tribunales estable-
cen una pena para la parte condenada. El art. 2,263 dice
que después de veintiocho años de la fecha del último tí-
tulo, el deudor de una renta puede ser estrechado á hacer
á sus expensas un título nuevo á su acreedor ó á sus causa-
habientes. ¿Cómo asegurar el cumplimiento de esta obli-
gación legal? Se juzgó que á falta de que los deudores pro-
porcionaran un título nuevo en el plazo prescripto por el
fallo, el acreedor tendría derecho de demandar el reem-
bolso de la renta; la sentencia dijo que este es un medio
de estrechar á los deudores á cumplir la obligación que la
ley les impone. No siendo en este caso condenados los deu-
dores á ninguna pena propiamente dicha, quedan libres de
no hacer el título nuevo, mas no pueden tener derecho de
faltar indefinidamente á una obligación legal; si se obsti-
nan en no cumplirlo, no queda más que resolver el con-
trato; (3) por mejor decir, los deudores mismos lo rompen.
Diremos en el título "De las Rentas" en qué caso puede
sér resuelto el contrato por falta de cumplimiento de las

1 Juicio del Tribunal de Namur, 3 de Abril de 1873 (*Pasicrisia*,
1873, 3 144).

2 Denegada casación, 8 de Julio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 420).

3 Bruselas, 5 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 199).

obligaciones contraídas por el deudor. Autorizar al acreedor á demandar el reembolso, estanto como resolver el contrato, y la resolución no es una pena propiamente dicha.

En otro caso, la Corte de Bruselas juzgó que los tribunales no tenían derecho de pronunciar penas que tiendan á estrechar la voluntad del deudor. Dos personas se obligaron solidariamente á hacer una construcción: murió uno de los deudores y el otro pretendió que no era más que fianza solidaria. El tribunal decidió que estaba asociado y obligado como tal, á continuar los trabajos, y lo condenó á volverlos á emprender inmediatamente, bajo pena de 150 francos por cada día de retardo, á más de los daños y perjuicios que resultaban de la suspensión de los trabajos. Esta decisión fué reformada en apelación; la Corte dijo que para conformarse á las disposiciones de la ley en materia de obligación de hacer, el primer juez debía haberse limitado á condenar al deudor á daños y perjuicios en caso de que no cumpliera por su parte; más, que no podía pronunciar una penalidad que tuviera por consecuencia, contra el voto de la ley, estrechar al deudor á prestar un hecho bajo pena de quedar sujeto á una sanción indefinida. (1) Los términos de la sentencia nos parecen muy absolutos y, tomados á la letra, hacen decir á la ley lo que no dice. Cuando el art. 1,142 dispone que la obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de falta de cumplimiento por parte del deudor, no es para proteger la libertad del deudor, pues no está libre, puesto que está obligado; si la ley se contenta con los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento de sus obligaciones, es porque es imposible forzar al deudor á hacer lo que no está obligado. Los daños y perjuicios indemnizan al acreedor de la falta de cumplimiento de la obligación, y el juez es quien debe valuarlos y aprobarlos, sea bajo la

1 Bruselas, 7 de Diciembre de 1842 (*Rasicrisia*, 1844, 2, 34).

forma de una indemnización actual, condenando al deudor á una suma capital, sea bajo forma de pena, y ésta no debe ser más que la compensación del daño que el acreedor sufre; estos son los términos del art. 1,229. Si el daño es de tal naturaleza que pueda reproducirse diariamente, nada impide al juez fijar una pena por cada día, y ésta no será mas que la compensación de daños y perjuicios. Mas si se trata de un daño una vez causado, cumplido, no hay lugar de pronunciar una pena para el porvenir. Tal es el caso que la Corte de Bruselas juzgó. Rehusándose el empresario á construir, era preciso condenarlo á daños y perjuicios de una vez y no por cada día de retardo, porque una condenación ilimitada habría superado á los daños causados y habría sido una pena que los tribunales civiles no tienen derecho de pronunciar, como lo hemos dicho tratando de daños y perjuicios convencionales, (t. XVI, números 299, 303).

La jurisprudencia, en esta materia, es incierta y vacilante. Se juzgó en primera instancia que el propietario del predio sirviente que se oponía á la ejecución de una servidumbre de paso sería obligado á pagar 10 francos por cada nueva contravención. La Corte de Lieja reformó la decisión diciendo en la sentencia que el juez no tenía derecho de reglamentar con anticipación la indemnización que el deudor debía pagar por un hecho eventual. (1) Admitimos el principio cuando realmente el daño no puede apreciarse actualmente; porque, en este caso, la pena no sería lo que debía ser, una reparación del daño, mas, en el caso, nada mas facil de apreciar que el daño causado por la oposición injusta del deudor, el tribunal apreció el daño por lo pasado, condenando al deudor á daños y perjuicios; también podría haberlo condenado por el porvenir, por que siendo el perjuicio diario, bien podía fijar una repara-

1 Lieja, 9 de Junio de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 57).

ción por cada contravención: esto, aquí, sería una pena según el artículo 1229.

En nuestra opinión, la pena no puede ser un medio de estrechar. Los tribunales pronuncian con frecuencia una pena contra el deudor que se niega á cumplir las obligaciones que un fallo le impone, (t. XVI, núm. 302). Fué pronunciado un divorcio porque el marido fué acusado de incesto con su propia hija, y la mujer de adulterio. El tribunal ordenó que la hija, de 19 años de edad, fuese entregada á su abuelo materno, y mientras estuvo depositada en un convento; mas las religiosas, en complicidad con el padre, hicieron el cumplimiento del fallo imposible. La Corte de París ordenó por una nueva sentencia que se entregase á la joven á su abuelo en el mismo día de la notificación de la sentencia, bajo pena de pagar 100 francos por cada día de retardo. (1) En este caso no hubo daño pecuniario, fué resistencia á la ley y á la autoridad judicial, lo cual es un delito criminal mas bien que civil. Al menos no hay ninguna disposición en nuestros códigos que autorice á los tribunales á sancionar sus decisiones por una pena; es este un claro, mas no pertenece al juez llenarlo. Generalmente las penas pronunciadas para el porvenir tienen un caracter conminatorio, y no se ejecutan las condenaciones en el sentido de que el juez se reserve tácitamente el derecho de cambiar lo que había decidido, moderando los daños y perjuicios en proporción á los perjuicios causados. El juez pronunció una pena de cinco florines diarios contra la parte que impedía las operaciones de una división; esta pena es una compensación de los daños y perjuicios, como lo quiere el artículo 1229; mas ¿es conminatoria ó definitiva? Se juzgó que era conminatoria y que el fin era impedir que una de las partes pusiera, por

1 París, 28 de Agosto de 1834 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,607).

su hecho, obstáculo al cumplimiento del fallo. No vemos con qué derecho pronunciaron los jueces semejante pena. En realidad había d-ño en el caso, puesto que el retardo debía causar un perjuicio; pero es muy difícil valuar anticipadamente para fijar por día; este es, pues, el caso de pronunciar la condenación cuando el daño hubiera sido causado. (1)

Núm. 2. Naturaleza de la cláusula penal.

426. El art. 1,226 dice que la cláusula penal tiene por fin asegurar el cumplimiento de un convenio, lo que se hace obligándose á alguna cosa en caso de "falta de cumplimiento;" la pena, como lo repite el art. 1,229, dá lugar á los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la "falta de cumplimiento" de la obligación principal. Por "falta de cumplimiento" no solo se entiende la omisión propiamente dicha cuando el deudor no quiere ó no puede cumplir la obligación que contrajo, sino el retardo en cumplirla; este retardo es una falta parcial y dá lugar, en provecho del acreedor, á los daños y perjuicios que llaman "moratorios" para distinguirlos de los daños y perjuicios llamados "compensatorios," los cuales se deben al acreedor en caso de omisión total. (t. XVI, número 332). El deudor debe reparar el daño que causa al acreedor por falta de cumplimiento, sea parcial ó total ó por retardo, y no es necesario para esto que las partes estipulen una pena: los daños y perjuicios son de derecho y la pena no hace mas que valuarlos por el contrato, siendo esta valuación de mucho interés para el acreedor. Como lo hemos dicho tratando de daños y perjuicios convencionales, es muy difícil hacer constar la cuota del perjuicio que el deudor causó y del cual es responsable; por esa ra-

1 Gand, 8 de Febrero de 1833 (*Fasicrisia*, 1833, 2, 50).

zón vienen los procesos largos y dispensados, cuya decisión es siempre más ó menos arbitraria y depende de la apreciación del juez. Las partes deben prevenir estos inconvenientes valuando el monto de los daños y perjuicios que el deudor deberá pagar, si no cumple la obligación ó si retarda el cumplimiento.

427. El objeto de la cláusula penal determina el carácter y los efectos. Para que haya lugar á daños y perjuicios, y, por consiguiente, á la pena, es preciso que la obligación "principal" no se haya cumplido. Hay pues, en caso de estipulación de pena, dos obligaciones: la que la ley llama "principal" (art. 1,229) y la llamada por la doctrina accesoria. La cláusula penal es accesoria, porque no se concibe sin una obligación que tenga por objeto asegurar el cumplimiento, y todas las cláusulas que tienen este fin son accesorias, puesto que no pueden existir sino cuando hay una obligación principal. Es evidente que no podría ser cuestión de daños y perjuicios por omisión de cumplimiento, cuando no hay ninguna obligación; así pues, la pena que dá lugar á daños y perjuicios debidos por el deudor, es esencialmente accesoria de una obligación principal. Se llama esta "principal," porque el acreedor estipula, no la pena, sino la cosa ó el hecho que es objeto del convenio, y este objeto es para asegurar el cumplimiento que estipula una pena. El deudor debe, ante todo, entregar la cosa ó el hecho estipulados por el acreedor, y no debe la pena mas que eventualmente, en el caso de no cumplir su obligación. Vamos á ver las consecuencias que resultan de estos principios.

428. En los términos del art. 1,227, "la nulidad de la obligación principal supone la de la cláusula penal." La razón en esto, dice Pothier, es que es de la naturaleza de las cosas accesorias de no poder subsistir sin la cosa principal. Es este un motivo lógico. La disposición del artícu-

lo 1,229 está fundado también sobre el punto de la cláusula penal; la pena se estipula para asegurar el cumplimiento de la obligación principal y para que el acreedor pueda reclamar el daño que sufre cuando el deudor no cumple la obligación ó la retarda. (núm. 426) Y, puede ser cuestión de asegurar el cumplimiento de una obligación nula, es decir, que no produce ningún efecto? ¿No es como si el deudor fuera responsable de daños y perjuicios por no haber cumplido una obligación que no debe cumplir puesto que es nula? Hemos visto una aplicación de este principio tratando de promesas de matrimonio. (1) Las partes interesadas agregan generalmente una cláusula penal, para asegurar el cumplimiento; mas la jurisprudencia anula la pena, porque la obligación principal es nula y la nulidad es radical, puesto que la promesa de matrimonio es contraria al orden público porque tiene una causa ilícita y esta vicia las obligaciones en su esencia; el art. 1,232 dice que la obligación sobre una causa ilícita no puede producir ningún efecto; desde entonces es preciso aplicar el art. 1,227: la nulidad de la promesa de matrimonio supone la nulidad de la cláusula penal.

El art. 1,227 agrega: "La nulidad de la cláusula penal no supone la de la obligación principal." Pothier dice que la razón es que la principal no depende de la accesoria y puede subsistir sin ella. Este es el motivo lógico de la disposición y también está fundado en razón. La cláusula penal no dá otra utilidad al acreedor que la de evitar los procesos de los cuales dan lugar los daños y perjuicios. Mas, que haya ó nó una cláusula penal, el acreedor tiene siempre derecho á los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento de la obligación. La cláusula penal no es, pues, una necesidad, por consiguiente la obliga.

1 Véase el tomo II de estos Principios, pág. 483, núm. 309.

ción principal puede muy bien subsistir sin pena. Poco importa que la cláusula penal sea nula, pues todo lo que resulta es que el acreedor no ha sometido al derecho común que rige los daños y perjuicios; él podrá probar que hay falta de cumplimiento de la obligación y que esta omisión es imputable al deudor; después deberá establecer el monto del daño causado y determinar la cifra de los daños y perjuicios de los cuales el deudor es responsable, según que sea de buena ó de mala fe. ¿Cuando es nula la cláusula penal? Es también el derecho común quien responde á la cuestión; de suerte que es inútil detenernos en ella.

429. El principio que la nulidad de la obligación principal supone, es aquella en que la cláusula penal tiene excepciones. Hay, desde luego, casos en los cuales la pena hace válida la obligación principal haciendo desaparecer la duda de que está plagada. Parece bastante extraño que la accesoria legalice la principal; esto, sin embargo de ser contrario á la lógica, es muy racional.

Pothier supone una obligación á cuyo cumplimiento el acreedor no tiene ningún interés marcado. Semejante obligación es nula, puesto que el acreedor no podría tener acción sin interés. ¿Cómo podrá el acreedor formular su demanda? ¿A qué daños y perjuicios se referirá cuando le es imposible precisar el interés que tiene en que la obligación se cumpla? Mas, si agrega una cláusula penal á la obligación, el vicio que la plaga, desaparece, porque la pena es precisamente la valuación del interés que el acreedor tiene por el consentimiento del deudor en que la obligación se cumpla.

Tales son las estipulaciones para otro: el que estipula, no tiene ningún interés en que la obligación se cumpla, pues con respecto á él, la estipulación es nula porque el deudor puede faltar impunemente, y si no tiene acción el

acreedor para estrecharlo, es porque no tiene interés. La pena evita este vicio, porque el deudor no puede rechazar al estipulante diciéndole que no tiene interés, porque ha firmado una cláusula que valuó el interés del acreedor. El motivo por el cual la estipulación es nula, viene abajo. He aquí cómo la cláusula penal legaliza la obligación principal que sin la pena sería nula. (1) La promesa del hecho de otro es también nula. (art. 1,119) ¿Por qué? Porque el que promete no se obliga á nada, mas si se obliga á pagar una pena en caso de que el tercero no dé ó no haga lo que prometió por él, el motivo de nulidad desaparece como en el caso en que se niegue; (art. 1120) porque prometer una pena, es una manera de negarse. El acreedor tiene una acción contra el que promete, bajo la condición de que la promesa no sea cumplida y una obligación condicional es perfectamente válida. En este caso también la pena purga el vicio y la obligación se hace válida por razón de la cláusula penal que agregó. (2)

430. El art. 1,227, disponiendo que la nulidad de la obligación principal supone la de la cláusula penal, se expresa de una manera muy absoluta. Mas esto es verdad cuando la obligación principal no produce ningun efecto; pero si esta dá derecho á los daños y perjuicios, precisamente por su nulidad, nada impide estipular estos daños y perjuicios bajo forma de pena. El art. 1,599 dice que la venta de la cosa de otro es nula, es decir, que la cláusula penal agregada á la venta será también nula? Nó, porque el art. 1,599 agrega que la venta de la cosa de otro, puede dar lugar á daños y perjuicios cuando el comprador ignora que esa cosa es de otro, y desde que se deben, la cláusula penal es válida puesto que no es otra cosa que la valuación de daños y perjuicios.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 339 y todos los autores.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 338 y todos los autores.

Núm. 3. Diferencia entre la obligación penal y las obligaciones condicionales, alternativas y facultativas.

431. La obligación con cláusula penal, tiene alguna analogía con la obligación condicional, en el sentido de que la pena se debe bajo la condición de que la obligación principal no se cumpla; por consiguiente, la cláusula penal es siempre condicional; mas hay una diferencia esencial entre las dos obligaciones, y es que la pena implica, necesariamente, la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento asegura, y esta obligación subsiste por sí misma porque es pura y simple é independiente de la segunda, recibiendo su cumplimiento directo, y teniendo el acreedor todos los derechos que la ley dá para obtener por fuerza el cumplimiento de las obligaciones, cuyo derecho no tiene nada de eventual sino que es cierto y actual. Como se vé, en esta obligación todo es cierto, mas aunque en una obligación sin cláusula penal, porque los daños y perjuicios que el deudor debe pagar, se fijan con anticipación; mientras que la obligación condicional es al contrario, porque tiene en suspenso todos los efectos de la obligación á tal grado, que se dice generalmente que la existencia misma de la obligación está suspendida, lo cual es cierto porque si la condición falta, es como si la obligación no hubiera sido contraída.

Toullier demuestra por un ejemplo la analogía aparente que existe entre la obligación penal y la condicional, haciendo resaltar, al mismo tiempo, la diferencia que las distingue. "Os prometo 600 francos si no destruyo tal árbol que os molesta." He aquí una obligación condicional que no os dá ningún derecho actual contra mí, sino un derecho eventual, incierto, puesto que no estoy obligado á pagaros los 600 francos si no es dejando el árbol, y no podréis estrecharme á tirarlo porque no me obligué; única

mente, si no lo destruyo, os deberé 600 francos. Si, por el contrario, digo: "Os prometo destruir tal árbol que os molesta, y si no lo hago en seis meses, os pagaré 600 francos;" hay en este caso, obligación bajo cláusula penal, y tendréis acción contra mí pudiendo estrecharme á tirar el árbol, porque me obligué y podréis también demandar al juez la autorización de destruirlo á mis expensas, (art. 1,144) porque hay aquí una obligación principal y actual que no depende de ninguna condición y que está garantizada por una pena. Esta es la cláusula penal que es condicional, puesto que la pena no se debe sino en caso de que la obligación principal no se cumpla; mas la pena no hace condicional la obligación principal, porque esta es pura y simple y el acreedor no tiene necesidad de dirigirse al juez para hacer valuar los daños y perjuicios á que tiene derecho, porque fueron valuados previamente en la cláusula penal. (1)

432. Hay también alguna analogía entre la obligación penal y la obligación alternativa. "Os doy una casa ó 50,000 francos." "Os doy una casa y si no os la entrego me obligo á la pena de pagar 50,000 francos." La primera obligación es alternativa y la segunda penal. A primera vista se asemejan, puesto que el acreedor tendrá, en las dos hipótesis, la casa ó los 50,000 francos. Sin embargo; hay una diferencia esencial: en la obligación con cláusula penal, hay dos obligaciones, una principal y la otra accesoria: os doy la casa poniendo la pena bajo condición; hay, pues, una obligación pura y simple y una obligación condicional, si la condición se realiza, si la casa no es entregada, el acreedor tiene dos derechos pudiendo exigir la casa ó los 50,000 francos, las dos obligaciones son igualmente

1 Toullier, t. III, 2, pág. 496, núm. 804. Toullier desarrolla muy bien las consecuencias que resultan del principio; volveremos á lo que dice (pág. 498, núms. 805-807).

principales. La obligación alternativa es distinta porque no comprende dos obligaciones, no es sino una sola comprendiendo dos cosas bajo una alternativa y quedando á elección del deudor ó del acreedor determinar cual de las dos cosas debe pagarse, mas nunca se pagarán las dos, mientras que es posible que la pena y la obligación principal se deban al mismo tiempo (art. 1,229). La pena se debe condicionalmente, mientras que, en la obligación alternativa no hay nada de condicional, solamente es determinado el objeto, en tanto que la elección no se hace. En la obligación penal, hay una obligación accesoria, la de la pena que recae si la obligación principal se extingue por la pérdida de la cosa debida. En la obligación alternativa se deben dos cosas bajo el mismo título; si una se pierde queda la otra. (1)

433. La obligación facultativa se parece igualmente á la penal. "Os doy una casa con la facultad de descargar-me pagando 50,000 francos." Hé aquí una obligación facultativa. "Os doy una casa y si no la entrego, os pagaré 50,000 francos." El derecho del acreedor parece el mismo en una y en otra obligación, porque tiene derecho á una casa ó á 50,000 francos. Mas no es igual porque en la obligación facultativa no puede demandar los 50,000 francos pues es el deudor quien se reservó la facultad de pagarlos y esta facultad no dá ningún derecho al acreedor, solo puede demandar la casa. En la obligación penal la suma de 50,000 francos se debe condicionalmente y el acreedor tiene derecho si el deudor no entrega la casa. Lo que caracteriza la obligación facultativa es que el deudor puede librarse pagando 50,000 francos. En la obligación penal el deudor no tiene derecho de ofrecer al acreedor los 50,000 francos que estipuló á título de pena, porque el acreedor

1 Durantón, t. XI, pág. 444, núm. 324. Toullier, t. III, 2, página 496, núm. 303. Colmet de Santerre, t. V, pág. 288, núm. 162 bis, 2°

tiene derecho al cumplimiento de la obligación principal y puede demandar su cumplimiento por fuerza aun en el caso en que se ha incurrido en la pena. También puede tener derecho á la cosa principal y á la pena; (art. 1,229) mientras que el acreedor de una obligación facultativa jamás puede reclamar más que lo que es objeto de la obligación y no tiene derecho de demandar lo que el deudor se reservó la facultad de pagar (1)

§ II.—CUANDO SE INCURRE EN LA PENA?

434. El art. 1,230 dice: "Que la obligación principal contenga ó no un término en el cual deba ser cumplida, no se incurre en la pena sino cuando el que se obligó á entregar, á tomar ó á hacer, está en mora." Los autores marcan que la expresión "obligación de tomar" se encuentra por primera vez en el art. 1,230, y que la ley entiende por esto la obligación de "recibir la cosa." En caso de venta, el vendedor estipula algunas veces, que el comprador retire la cosa en determinado plazo porque tiene interés en que los lugares sean desocupados. El art. 1,657 prefiere esta cláusula y agrega un efecto muy importante, y es que la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en provecho del vendedor después de la expiración del término convenido para "retirar la cosa." A lo que el artículo 1,657 llama "obligación de recibir," el art. 1,230 llama "obligación de tomar." El vendedor puede estipular una pena para el caso en que el comprador no se lleve la cosa. Es inútil decirlo, puesto que la obligación de recibir la cosa es una variedad de la obligación de hacer. (2)

435. El art. 1,230 establece el principio de que se incurre en la pena por la constitución en mora del deudor. Es-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 289, núm. 162 bis, II.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 295, núm. 167 bis, II.

to es la aplicación del art. 1,146, en cuyos términos los daños y perjuicios no se deben sino cuando el deudor está en mora de cumplir su obligación. En efecto, la pena tiene lugar á daños y perjuicios, á los cuales el acreedor tiene derecho en caso de falta de cumplimiento de la obligación principal, porque los principios que rigen los daños y perjuicios se aplican á la pena. Volveremos á tratar de lo que se ha dicho en otra parte sobre el art. 1,146.

436. ¿Cuándo está en mora el deudor? Sobre este punto es preciso aplicar los principios generales, puesto que la ley no deroga nada. Esto resulta, por otra parte, del texto del art. 1,230, que dice “que la obligación primitiva contenga ó nó un término en el cual deba ser cumplida.” Esta parte del artículo deroga el derecho romano. Cuando el convenio contiene un término en el cual el deudor debe dar ó hacer lo que convino, la pena es debida de pleno derecho luego que el término se vence, sin que haya necesidad de una demanda, diciendo, en este caso, que el vencimiento del término sirve de demanda. Cuando no se estipula ningún término, se necesita una demanda del acreedor para hacer incurrir en la pena. Estos principios no se siguen en el antiguo derecho. “Según nuestros usos, dice Pothier, si la obligación primitiva contiene ó nó un término en el cual debe cumplirse, se necesita ordinariamente una demanda judicial para constituir en mora al deudor y para dar principio á la pena.” (1) El Código reprodujo esta doctrina casi textualmente en el art. 1,230, siendo esta la aplicación de los principios generales sobre la demora. Según el art. 1,139, el deudor no es constituido en mora por solo el vencimiento del término, se necesita una cláusula especial que lo exprese y no habría necesidad de demanda. En definitiva, el art. 1,230 no es más que una

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 349. Bigot-Préameneu, *Exposición de motivos*, núm. 108 (Loché, t. VI, pág. 167).

aplicación de los principios generales que en nuestro derecho rigen la demora.

Es preciso, pues, estipular por los principios generales, porque se encuentra un vacío en el art. 1,230, que no habla más que de la obligación de entregar y de hacer, sin decir nada de la obligación de no hacer. El art. 1,145 prevee el caso y dispone que si la obligación de no hacer, el que contraviene debe daños y perjuicios por solo ese hecho; si se estipula una pena, el deudor la debe por solo que haya lo que se obligó á no hacer, dando lugar por esto á daños y perjuicios.

437. La jurisprudencia es algo vacilante; algunas veces parece que admite las derogaciones al principio establecido por el art. 1,230, y en ese caso no hace más que aplicar principios generales sobre la demora que este artículo sostiene. La Corte de Casación juzgó que la necesidad de la constitución en mora pesa con respecto á la parte que se niega á cumplir su obligación. En el caso hay resistencia expresa en cumplir las obligaciones contraídas en el convenio, habiendo, pues, una constancia de la demora por parte del deudor mismo, porque su reconocimiento equivale á un requerimiento, y su resistencia expresa es una evidencia de la falta de cumplimiento, pudiéndosele imputar, puesto que declaró no querer cumplir su obligación. Así, pues, la Corte de Casación debía haber fundado su decisión sobre el art. 1,139. (1) Un contrato de empresa de por que en el caso, el deudor había roto su obligación. cía que los trabajos debían terminarse, á más tardar el 1.º de Agosto de 1853, sometiéndose al empresario á una pena por cada día de retardo.

1 Denegada casación, 23 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 420). Compárese denegada casación, 28 de Enero de 1874 (Daloz, 1874, 1, 387). La Corte dijo que el art. 1,230 no tiene apelación en caso en que el acreedor se queje, no del retardo en el cumplimiento,

Los trabajos no están terminados, pero el empresario sostiene que el retardo proviene de la culpa del acreedor que no ha puesto los terrenos á su disposición. Es cierto que el acreedor no puede quejarse de que los trabajos no han continuado, cuando él mismo ha puesto al deudor en la imposibilidad de continuarlos. La demora supone un hecho imputable al deudor; y, en el caso, no fué el deudor el que estuvo en mora, fué el acreedor. De ahí, una nueva dificultad. El empresario reclamó daños y perjuicios: ¿tuvo derecho sin haber puesto en mora al acreedor? El que no entrega los terrenos necesarios para los trabajos, está en mora por el solo hecho de no entregar los terrenos; este es el caso de aplicar el art. 1,146: antes de ser terminados los trabajos en un plazo fijo, debían ponerse á la disposición del empresario, en el mismo plazo, los terrenos, y por tanto, hubo demora por el solo hecho de no haber entregado los terrenos en el plazo útil. (1)

Se ha juzgado que la puesta en mora puede resultar de la correspondencia de las partes contratantes. (2) Esto no es más que la aplicación del art. 1,139; el deudor está constituido en mora por un requerimiento, ó, dice la ley, por otro acto equivalente. Un reconocimiento emanado del deudor, basta para constituir su demora, y este reconocimiento puede resultar de las cartas que las partes han cambiado.

438. ¿Hay casos en que la pena no se debe, aunque se haya incurrido según la letra del contrato? Expuesta en estos términos absolutos la cuestión, debería ser decidida negativamente. Los contratos tienen lugar de ley entre los

sino de la imposibilidad de cumplir. Es esto muy controvertible.

1 Lieja, 16 de Abril de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 146).

2 Fallo del tribunal de Namur, 3 de Abril de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 3, 144).

que los han hecho (art. 1,134); resulta que el juez no puede dispensarse de aplicar la pena. Siempre hay sentencias que parecen concebidas en sentido contrario. Importa establecer los verdaderos motivos de decidir, porque en esta materia, más que en cualquiera otra, los jueces están dispuestos á juzgar según la equidad, lo que casi siempre llega á violar la ley del contrato. Un mandato dice que el mandante pagará una pena ó una multa al mandatario en caso de revocación. ¿Se incurrirá en la pena si la revocación es motivada por el abuso que el mandatario ha hecho de sus poderes? Se trató de un mandato dado para vender bienes y percibir el precio. El mandatario percibió diversas entregas de sumas que formaron los precios dados en los actos de venta, y ensayó aprovechar estos precios suplementarios. Fué por razón de este abuso justificado por lo que el mandato fué revocado. El mandatario reclamó la pena. Estuvo de su parte la letra del contrato, pero ciertamente la intención de las partes contratantes fué contraria. Estas habían querido indemnizar al mandatario de la pérdida que sufriera por una revocación arbitraria del mandato. Pero el mandante revocó el mandato por las causas más graves: ¿El mandatario pudo reclamar una pena, es decir, daños y perjuicios por haber probado robar al mandante con abusos de confianza parecidos á un robo? (1)

439. ¿La fuerza mayor libra al deudor de la pena? Cuando la fuerza mayor sobreviene después que el deudor se ha constituido en mora, es él el que responde del caso fortuito. Este es uno de los efectos de la demora. (art. 1,302)

Se dijo en un contrato de empresa, que el empresario estaría obligado á una pena en caso de retardo en la entrega. Se incurrió en la pena, pero mientras esta corría, so-

1 Burdeos, 14 de Febrero de 1840 (Daloz, palabra *Mandato*, número 445, II.

brevino un caso de fuerza mayor que impidió al empresario continuar sus trabajos. La Corte de apelación decidió que el empresario estaría obligado á la pena incurrida por el retardo, pero que la pena había dejado de ser debida tanto como duró la fuerza mayor, puesto que el retardo no fué ya imputable al deudor. Demanda en casación. El demandante pretendió que la Corte de Nimes había librado al empresario de su obligación por razón de hechos de fuerza mayor acaecidos después de constituirse en mora. Nó, dijo la Corte de Casación; la sentencia atacada no ha hecho más que interpretar el contrato que intervino entre las partes. Decir que el empresario está obligado á la pena de un tanto por cada día, supone que el retardo le es imputable; pero cuando el obstáculo proviene de un caso de fuerza mayor, no es posible ya decir que el deudor esté en mora; no es él el que causa el daño, es el caso fortuito. (1) Nosotros dudamos que esta decisión sea conforme á los principios sobre los efectos de la demora. ¿Por qué soporta el deudor el riesgo cuando está en mora? Se supone que si hubiese cumplido su obligación en el plazo prescripto, el caso fortuito no hubiera sobrevenido. Tal es la posición del empresario que no entrega las obras en el plazo convenido; pues si las hubiese entregado, evidentemente habría estado al abrigo del caso fortuito; es culpable por no haber trabajado cuando pudo hacerlo, y el caso fortuito no puede excusarle porque este caso fortuito no le perjudica sino porque no ha trabajado en tiempo útil.

440. Otra es la cuestión de saber si el deudor puede invocar el caso fortuito que le ha impedido cumplir sus obligaciones. Nosotros creemos que el deudor no incurre en la pena cuando la falta de cumplimiento del contrato no le es imputable. Cuando se trata de daños y perjuicios

1 Denegada casación, Sala Civil, 29 de Junio de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 288).

pronunciados por el juez, hay un texto formal; el deudor no es condenado al pago de daños y perjuicios por razón de la falta de cumplimiento de la obligación, ó por razón del retardo en el cumplimiento cuando justifica que la falta de cumplimiento proviene de una causa extraña que no puede imputársele (art. 1,147). No hay excepción á este principio elemental sino cuando el deudor por una cláusula formal, es cargado con el caso fortuito. Debe aplicarse el mismo principio á la cláusula penal, porque la pena equivale á los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1,229), y, por tanto, no puede haber pena por un hecho que no es imputable al deudor.

En una venta se estipula que el comprador pagará su precio por tercios de año en año, bajo pena de ser obligado por el total, á falta del pago del primer ó del segundo abono; agregando que esta cláusula es de rigor y no conminatoria. El primer plazo vencido el 13 de Enero de 1814 no fué pagado: ¿se incurrió en la pena? Esto no fué dudoso según el contrato; pero el comprador invocó las circunstancias excepcionales, el que se encontró por la invasión de Francia, el bloqueo de Strasburgo y las pérdidas que sufrió; demandó, en consecuencia, un plazo de gracia en virtud del art. 1,244. La Corte de Colmar acogió esta demanda. (1) En derecho, la decisión nos parece justa. ¿Los acontecimientos de la guerra constituyen un caso de fuerza mayor? Esta es una cuestión de hecho que queda á la apreciación del juez.

441. El contrato que establece una pena puede tener efecto; esto, sin decir que en este caso no puede ya tratarse de aplicar la pena. Un notario conviene con otro en tener el gabinete de este último, bajo cláusula penal contra el

1 Colmar, 10 de Noviembre de 1815 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,616).

que rescindiera el contrato. En el primer cambio de domicilio, uno se niega á seguir al otro y demanda la nulidad del contrato con daños y perjuicios; el demandado reclama el pago de la pena. La Corte, fundándose en las circunstancias de la causa, decidió que el contrato fué rescindido por el concurso de consentimientos de las partes contratantes. Sobre la demanda en casación, intervino una sentencia de denegada casación. Habiendo decidido el juez del hecho, que el contrato fué rescindido por el consentimiento de las partes, no hubo lugar á dar efecto á la cláusula penal. (1)

442. El que tiene derecho á la pena, puede renunciarla; esto no es dudoso. Las cuestiones de renuncia suscitan siempre una dificultad de hecho. Las renunciaciones son de estricta interpretación; tal es el principio, y, por tanto, el juez debe sostener la cláusula penal y restringir la renuncia al hecho que el deudor invoca para ser descargado de la pena en que ha incurrido en virtud del contrato. El empresario de un servicio de diligencias, vende su empresa reservándose exclusivamente el transporte del dinero y del comercio de banco que se hacía entre Marsella y Tolón. El cesionario se obligó á no hacer este género de transporte, bajo pena de 10,000 francos de daños y perjuicios. No obstante, el vendedor traspasó al comprador un contrato que había hecho con el receptor general del departamento para el transporte de especies provenientes de la recaudación, y durante cinco años el cesionario cumplió este contrato por su propia cuenta sin reclamación del cedente. Después de este largo plazo, demandó el vendedor la aplicación de la cláusula penal. La Corte de Aix juzgó que hubo renuncia al beneficio de la cláusula penal. Sobre la demanda en casación, fué sostenida la decisión en el sen-

1 Denegada casación, 10 de Noviembre de 1815 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,616).

tido de que la cláusula penal subsistió, pero el acreedor no pudo invocarla por un hecho de contravención que no solamente toleró, sino al cual dió consentimiento, puesto que traspasó al empresario de transportes su contrato con el receptor general para que él lo cumpliese: hubo renuncia parcial por el hecho consumado. (1)

§ III.—DERECHOS DEL ACREEDOR.

Núm. 1. Principio.

443. Cuando se incurre en la pena, el acreedor puede reclamar el pago: ¿pero es este su único derecho? Pothier expone, en principio, que la cláusula penal en nada modifica los derechos que el acreedor tiene por el contrato; y además tiene un derecho, el de exigir el pago de la pena en que el deudor ha incurrido, pues una cláusula estipulada en provecho, no puede, ciertamente, disminuir los derechos del acreedor. Esto resulta del objeto mismo de la cláusula penal, tal como la ley lo formula: tiene por objeto, dice el art. 1,226, asegurar el cumplimiento del contrato; de donde debe concluirse, dice Pothier, que el objeto de los contratantes no ha sido extinguir ni resolver, por la cláusula penal, la obligación principal, ni confundirla con ésta; lo accesorio destinado á garantizar lo principal, no podría perjudicar en nada á lo principal.

444. Esto es, dice Pothier, porque aunque haya lugar á la obligación penal, por la demora en que ha estado el deudor para cumplir la obligación principal, el acreedor puede, en lugar de demandar la pena estipulada, perseguir el cumplimiento de la obligación principal. El art. 1,228 reproduce literalmente esta consecuencia. Esta es la aplicación de los principios que rigen la falta de cumplimiento de las obli-

1 Denogada casación, 10 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 61).

gaciones; el acreedor puede demandar el cumplimiento si es posible, pues este es su derecho esencial, el objeto con que ha contratado. Puede también demandar daños y perjuicios por falta de cumplimiento del contrato. La pena tiene lugar de daños y perjuicios, pero el acreedor puede renunciar y perseguir el cumplimiento de la obligación, lo que siempre es posible cuando se trata de una obligación de dar; y si el cumplimiento directo no es posible, el acreedor deberá conformarse con los daños y perjuicios; es decir, con la pena que los reemplaza. (1)

445. Síguese de esto que el deudor no puede dispensarse de cumplir su obligación ofreciendo la pena; la cláusula penal que debe asegurar el cumplimiento de la obligación no puede convertirse, para el deudor, en un medio de sustraerse. Habría excepción si las partes, estipulando la pena, habían creído hacer novación, es decir, si habían extinguido la primera obligación reemplazándola por la pena. Si la intención de las partes es que el deudor, después de haber sido puesto en mora, no debe ya más que la pena convenida; esta estipulación es válida ciertamente, es una novación condicional; pero Pothier tiene razón de decir que esta no es una obligación penal, pues la pena es, en este caso, una nueva obligación, tan principal como la primera, en cuyo lugar queda. Difícilmente puede admitirse que tal sea la intención del acreedor; la novación jamás se presume, debe resultar claramente de lo que pasa entre las partes (art. 1273); en el caso, hay un motivo más para decidirlo así, y es que la pena se estipuló para asegurar el cumplimiento de la obligación principal y no para extinguirla. (2)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 341. Durantón, t. XI, pág. 455, núm. 335 y pág. 457, núm. 337.

2 Pothier, núm. 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 291, número 164, bis.

Un contrato de sociedad carbonera estipuló que las cuentas se rindieran el primer martes de cada mes, á la hora del medio día y estando el horno en actividad, debiendo encontrarse todos los socios para que después de hechas las cuentas se repartiera el beneficio entre todos si es que lo había, “ó reparar la pérdida si alguna vez sobrevenia;” Si sucede, continúa el contrato, que el día fijado uno de los socios no pueda satisfacer su cuota, será excluido á los ocho días vencidos de la cuenta rendida.” ¿Cuál es el sentido de esta cláusula? En apariencia resulta á título de pena. Se juzgó, sin embargo, que no debía haber mas de una obligación penal. (1) Aplicándolo á la letra, la cláusula que había tenido por objeto garantizar los derechos de los socios, se había tornado en su perjuicio, porque la resolución de un contrato no es el medio de asegurar el cumplimiento.

446. No es esto decir que la falta de cumplimiento del contrato, que dá principio á la pena, no dá también á éste que tiene derecho á la pena el derecho de demandar la resolución del contrato. Se constituye una renta vitalicia mediante la cesión de un crédito, diciendo que, en caso en que las seguridades prometidas no se cumplieran, el acreedor de la renta podría reclamar una suma de dinero á título de daños y perjuicios; esta suma, según la escritura se fijaría como cláusula penal agregada á la falta de cumplimiento del contrato. En lugar de demandar la pena el acreedor de la renta podría demandar la resolución del contrato en virtud del art. 1,977 que está concebido así: “Aquel en cuyo provecho se constituye la renta vitalicia mediante un precio, puede demandar la rescisión del contrato si el constituyente no le dá las seguridades estipuladas para

1 Pothier, núm. 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 291, número 164 bis.

su cumplimiento" la Corte de París rehusó pronunciar la resolución por el motivo que el acreedor de la renta, estipulando una pena por todos los daños y perjuicios, había renunciado al derecho que le dá el art. 1,977. Esta decisión fué casada, y debió serlo; pues como lo dice muy bien la Corte de Casación, la estipulación de una cláusula penal no lleva la renuncia al derecho de demandar cumplimiento ó, si hay lugar, la resolución de un contrato, porque la renuncia á un derecho no se presume, sino que debe expresarse, y la pena, lejos de disminuir los derechos del acreedor, tiende á asegurarlos; es preciso, pues, decir que el acreedor conserva todos los derechos que tiene en virtud de su contrato. (1) Esta es la aplicación de la doctrina de Pothier. (2)

447. La cláusula penal dá al acreedor el derecho de demandar la pena á título de daños y perjuicios. ¿Quiere esto decir que solo á la indemnización tiene derecho? Se podría creerlo agregándolo á la palabra "pena" que recuerda el antiguo adagio de que no hay pena sin ley penal, ni en materia civil, pena sin cláusula penal. Mas la palabra "pena" es impropia porque la compensación de daños y perjuicios que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento de la obligación, y estos daños y perjuicios son la reparación de un daño, y el acreedor tiene derecho á la reparación de todo el perjuicio que le resulte y que el daño haya hecho sin ser previsto ni valuado en el contrato. Se sigue de aquí que la estipulación de una pena no la limita á la indemnización á que el acreedor tiene derecho por los diversos perjuicios que sufre. Hay solamente esto de restrictivo en la cláusula penal, que la valuación que se hace del daño que resulta al acreedor del hecho previsto no puede extenderse á otra clase de daño que no haya si-

1 Casación, 2 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 443).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 343.

do previsto. Esta interpretación restrictiva resulta, no del carácter penal de la cláusula, sino de los principios elementales que rigen los contratos, porque estos son leyes solamente en cuanto al objeto sobre el cual se hacen; la pena no prevée más que tal causa de daño, y no es debida sino por ese daño; no lo es por otra causa que las partes no hayan previsto. ¿Es decir que el acreedor no tiene derecho á ninguna indemnización si siendo otro el daño previsto, resulta otro daño no previsto? Su derecho es inalterable, mas los daños y perjuicios serán demandados y pronunciados según el derecho común, es decir, por fallo.

448. La Corte de Casación hizo aplicación de este principio en el siguiente caso. El propietario de una casa prometió á una persona arrendarle un departamento á la primera solicitud, con pena de 5 francos de daños y perjuicios por cada día de retardo. No cumplió su promesa, de donde vino la acción de realizar el arrendamiento ó de pagar los 5 francos diarios de daños y perjuicios durante el tiempo que el arrendamiento debía durar en virtud del contrato. La Corte aprobó una suma fija á título de daños y perjuicios por falta de cumplimiento del contrato. Provienció en casación por violación del art. 1,134, que ordena á las Cortes respetar los convenios y cumplirlos, mientras que la Corte había reemplazado los daños y perjuicios convencionales por otros daños y perjuicios. La Corte de Casación explica y justifica muy bien la decisión de la Corte de Douai. El deudor puede contravenir á su obligación no cumpliéndola ó retardando su cumplimiento. Para el caso de retardo, como para el de falta de cumplimiento, las partes pueden, por una cláusula expresa y á título de pena, fijar la suma de los daños y perjuicios que será debida al acreedor. Si la estipulación tiene por mira el simple retardo y se hace sobre la falta de cumplimiento ó recíprocamente, el perjuicio que resulta de alguna de las dos cau-

cer abstracción y decidir la cuestión que le fué sometida según los principios generales de derecho. (1)

450. ¿Cuando un contrato prevee los diversos daños que podrán resultar de la falta de cumplimiento, puede el juez admitir también otros? Sí, en principio. Valerse de lo que ha sido previsto para deducir que no se debe la reparación por el daño que fuere previsto, sería argumentar "á contrario," mala argumentación en los contratos, tanto como en las leyes. Todo daño causado por el deudor, debe ser reparado, previsto ó nó; si fué previsto, se aplica la pena, si no fué previsto, se aplica el derecho común. Nó sería lo mismo si las partes hubiesen declarado de una manera positiva que el deudor no estará obligado á otros daños y perjuicios que los estipulados en el contrato. Se dijo en un contrato del alumbrado de gas de una ciudad, que los empresarios pagarían á la ciudad la suma de diez céntimos por cada foco de luz que no alumbrara un cuarto de hora después de la hora fijada, ó se extinguiese media hora antes del fin de la noche, y por cada foco que no alumbrara ó no ardiese desde el obscurecer, toda la noche, pagarían veinte céntimos. La autoridad hizo rebajas por algunos reflectores en malas condiciones, en los términos de los procesos verbales. El empresario protestó, invocó su contrato en el que no se trató la cuestión de los reflectores. La Corte admitió esta reclamación. Sin duda, no pudo aplicarse la pena estipulada para el caso en que un foco no alumbrase ó alumbrase mal. ¿Es esto decir que el empresario no estuvo obligado, por este último motivo, á alguna indemnización? Nó, ciertamente; esto hubiese sido decir que el empresario fué libre para dejar la ciudad en una obscuridad relativa, no dando la luz necesaria para alumbrar suficientemente. La mala claridad fué un perjui-

1 Denegada casación, 17 de Febrero de 1820 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,618, 1).

cio no previsto; por lo cual, el juez debió apreciarlo según el derecho común, sin estar ligado por la cláusula prevista. Parece que esta cuestión no fué negada. (1)

Núm. 2. Daños y perjuicios.

I. ¿Puede el juez modificar la pena?

451. “La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación principal” (art. 1,229). Esta es una consecuencia de la definición que dá el art. 1,226 de la cláusula penal; el deudor se obliga á “alguna cosa” en caso de falta de cumplimiento, esta “alguna cosa” es la reparación del daño que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento.

En este sentido la pena es “compensatoria” de los daños y perjuicios que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación principal. Esta es la expresión de Pothier que el art. 1,229 reproduce. Pero Pothier entendió la compensación en un sentido que el Código no admitió. Si la compensación de la pena no es suficiente, ¿el acreedor podrá demandar además la pena de los daños y perjuicios que le indemnizen completamente, lo que viene á aumentar la pena? Por el contrario, si la pena es excesiva, ¿puede el deudor demandar se disminuya? Ateniéndose á la idea de compensación, habría que responder afirmativamente como lo hace Pothier. Pero los autores del Código se desviaron, en este punto, de la doctrina de su guía habitual; el art. 1,152 es formal: “Cuando en el contrato se exprese que el que falte al cumplimiento pagará cierta suma á título de daños y perjuicios, no puede aumentarse ni disminuirse con otra suma mayor ó menor.” Es cierto

1 Bruselas, 10 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 199):

que esta disposición no está reproducida en la sección que trata de la cláusula penal, pero esto hubiera sido inútil, porque la pena no es otra cosa que la valuación de los daños y perjuicios hecha en el contrato: la cláusula penal y los daños y perjuicios convencionales son una misma cláusula bajo nombres diferentes. Debe, pues, decirse de la pena lo que el art. 1,152 dice de los daños y perjuicios convencionales: el juez no puede modificarla ni en favor del acreedor ni en favor del deudor.

El orador del Gobierno se expresó en este sentido: "La pena estipulada por los contratantes hace la ley entre ellos. El acreedor no debe ser admitido á decir que esta pena es insuficiente, ni el deudor á pretender que es excesiva. ¿Cuál sería el juez que pudiera conocer, mejor que las partes, las circunstancias y los intereses respectivos que han determinado la fijación de la pena?" La razón que dá Bigot-Prémeneu no es decisiva, las partes pueden engañarse; alguna puede abusar de la necesidad de contratar en que se encuentra la otra, y, por tanto, es muy posible que la pena sea excesiva ó insuficiente. Aun en este caso, la ley debe sostener la ley del contrato, pues de no ser así, todo quedaría siempre abandonado al arbitrio del juez. Hay, por otra parte, un motivo especial para atenerse á la pena tal como se estipula en el contrato. ¿Por qué valúan las partes los daños y perjuicios en lugar de encomendarlo al juez? Para evitar las tardanzas y los perjuicios de las informaciones, así como la incertidumbre y la arbitrariedad de la apreciación del juez, sería, pues, ir contra su intención, permitir á una de ellas poner en cuestión lo que han querido decidir irrevocablemente. (1)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 342 y 345. Bigot-Prémeneu, *Exposición de motivos*, núm. 109 (Loaré, t. VI, pág. 167). Toullier, t. III, 2, pág. 502, núms. 811 y 812. Durantón, t. XI, pág. 464, número 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 292, núm. 165, bis.

452. La jurisprudencia está en este sentido. Se estipuló en la venta de un inmueble, que si el contrato se resolvía por falta de pago del precio, las mejoras hechas por el acreedor aprovecharían al vendedor á título de daños y perjuicios. El valor de las mejoras fué tan grande que la pena pareció excesiva. Se demandó la reducción de los daños y perjuicios. La Corte sostuvo la cláusula penal en todo su rigor. (1)

El principio ha sido aplicado aún á los daños y perjuicios calificados de multas. No puede haber cuestión de multa propiamente dicha en materia de contratos; lo que califican así no es otra cosa que una valuación convencional del daño sufrido. Esta valuación puede ser excesiva, y á las partes interesadas toca el no someterse, pero desde que ellas las han consentido, deben soportar las consecuencias. Un fabricante de tapiz hizo un reglamento en que prohibía á los obreros entrar á los talleres con zuecos (2) bajo pena de una multa de diez francos. Se aplicó una rebaja de diez francos sobre el salario de un obrero. El consejo de hombres prudentes redujo la multa á cincuenta céntimos. El fallo fué muy severo para el fabricante: hizo la ley que le agradó, dijo el consejo, porque siempre encuentra obreros que aceptan sus condiciones. La multa, en el caso, fué de una exageración evidente—puesto que representaba casi la mitad del salario del obrero culpable durante un mes. Pero es también evidente que hubo exceso de poderes en la decisión del consejo; esta fué casada. La Corte de Casación recordó que los contratos tienen lugar de ley entre aquellos que los han hecho y que cuando el contrato dice que el que falte al cum-

1 Dijón, 5 de Enero de 1838 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,385).

2 Especie de zapatos de madera que usan los campesinos en Europa (N. del T.).

plimiento pagará cierta suma á título de daños y perjuicios, no puede aplicarse á la otra parte una suma mayor ó menor. (arts. 1,134 y 1,152). La ley fué violada y debió observarse. (1)

453. ¿La regla que prohíbe al juez modificar la pena, tiene excepciones? Según la legislación francesa hay una que resulta de la ley del 3 de Septiembre de 1807. Esta ley limita la tasa del interés convencional al cinco por ciento en materia civil y al seis por ciento en materia mercantil. No es posible, pues, estipular ni directa ni indirectamente, intereses mas elevados, ni aún á título de penas, porque la pena no es mas que la valuación de los daños y perjuicios; y estos daños y perjuicios no pueden traspasar el interés legal en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero: la prohibición de estipular intereses mas elevados, es de orden público, y las partes no pueden derogarla. Según nuestra legislación, la tasa del interés convencional puede ser fijada por las partes interesadas, como quieran, y por consiguiente pueden fijar la pena como quieran; el interés que el deudor debería pagarle, sería de ciento por ciento.

454. El art. 1,231 dice que la pena puede ser modificada por el juez cuando la obligación principal ha sido cumplida en parte. "Debe combinarse esta disposición con la del art. 1,244, según la cual, el deudor no puede obligar al acreedor á recibir en parte el pago de una deuda aún divisible." Este principio recibe su aplicación en las obligaciones con cláusula penal. El deudor no puede, pues, ofrecer á su acreedor pagarle parte de lo que le debe, para evitar el pago total de la pena; el acreedor puede negarse á esta oferta y constituir en mora al deudor lo que obligará á éste á pagar toda la pena. Pero el acreedor voluntariamente puede recibir una parte de la deuda. ¿Cuál

1 Casación, 14 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 84).

será el efecto de este pago dividido en lo que se refiere á la pena? Pothier dice que según el rigor del derecho podría sostenerse que el deudor debe la pena entera porque falta á su obligación que consiste en cumplirla por el todo. A decir verdad, este rigor sería excesivo, y el acreedor ha renunciado al cumplimiento por el total, recibiendo un pago dividido, y, por tanto, no puede ya alegar contra el deudor falta de cumplimiento de la obligación. Debe tomarse la obligación tal cual es, dividida por el consentimiento del acreedor; ha recibido una parte de lo que ha estipulado, y la pena tiene lugar de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento total. Es decir, que el acreedor no puede ya demandar toda la pena, porque esto sería aprovechar el cumplimiento parcial al mismo tiempo que los daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de la parte de la obligación que ha sido cumplida, y según el art. 1,229, el acreedor no puede demandar al mismo tiempo lo principal y la pena. Por tanto, cuando el acreedor ha sido pagado en parte de la obligación principal, no puede ya recibir la pena por esta parte.

¿Es esto decir que necesariamente la pena deberá reducirse y que deberá serlo proporcionalmente al cumplimiento parcial que el contrato ha tenido? No, el art. 1229 no dice que la pena "debe ser" modificada, dice que el juez "puede" modificarla. Esta es una cuestión de hecho. Es posible que á pesar del pago parcial, el acreedor sufra el mismo daño que si la obligación no hubiese sido cumplida; es posible, al menos, que la disminución del daño no esté en proporción con el cumplimiento parcial. Al juez toca apreciar el daño que sufre el acreedor, y valuar, en consecuencia, los daños y perjuicios á que tiene derecho. (1)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 350. Durantón, t. XI, página 503, núm. 358. Colmet de Santerre, t. V, pág. 296, núm. 163 bis, 1º y 2º

455. No citamos ejemplo porque no encontramos en la jurisprudencia, y los que citan los autores son insignificantes ó muy mal elegidos, en el sentido de que se refieren á obligaciones indivisibles. Una pena se estipula, dice Toullier, para el caso en que el empresario no entregue la casa en tal época para ser habitada pronto. Si la casa no se acaba, la pena se deberá por el todo, porque es evidente que la voluntad de las partes fué no solamente de que la casa estuviera muy avanzada en su construcción, sino acabada y habitable en la época indicada. Es preciso decir más: la obligación, en el caso, es indivisible (núm. 370), porque no es susceptible de un cumplimiento parcial, y el acreedor debía hacer innovación para que la obligación de indivisible que era, se hiciera divisible. Puesto que el deudor contravino por el todo, debía la pena por el todo. M. Demolombe cita otro ejemplo. El deudor se obligó á abrir un canal de cien metros bajo la sanción de una cláusula penal; no practicó más que cincuenta metros, así, pues, no debía mas que la mitad de la pena. Una obra que se tiene que hacer ¿no es una obligación indivisible? ¿Qué hará el acreedor con un canal de cincuenta metros cuando se obligó á que tuviera cien? M. Demolombe reconoce que un viaje que se tiene que hacer es una obligación indivisible, y que, por consiguiente, el deudor debe toda la pena, aun cuando solo haya hecho una parte del viaje. (1) ¿No es esto lo mismo que la obligación que consiste en hacer una obra?

456. Las partes pueden derogar este art. 1,231, así como todas las disposiciones del título "De las Obligaciones," cuando no conciernen al orden público y á las buenas costumbres. Un empresario se obligó á entregar en épocas determinadas, seis mil durmientes de madera de enci-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 517, núm. 839. Demolombe, t. XXVI, pág. 589. núm. 670.

no para la construcción de un ferrocarril. Se estipuló en el tratado, que en caso de retardar la entrega, el deudor quedaría sujeto á título de daños y perjuicio, á pagar cincuenta céntimos por cada durmiente que faltara en el tiempo requerido. La escritura agregaba que si las cantidades que dieran lugar á esta indemnización no eran entregadas un mes después de una simple constitución en mora, el empresario sería despojado del abasto y de todos los durmientes que faltaran, y responsable de una indemnización de cincuenta céntimos por cada uno que dejara de entregar. No habiendo sido regularmente cumplida la entrega, el contrato fué rescindido, habiendo pronunciado la Corte daños y perjuicios, pero menores que los que se habían fijado por la cláusula penal, fundándose en el art. 1,231 y haciendo constar que el empresario había ocasionado un daño muy poco considerable. Esta decisión fué casada, y con justicia, porque la Corte perdió de vista que las partes habían previsto el caso de cumplimiento parcial, y fijado, de antemano, lo que el deudor debía pagar por no haber cumplido el convenio enteramente. Esto no es, pues, el caso del art. 1,231, pues es preciso aplicar la pena en todo su rigor y sin considerar la magnitud del daño que el acreedor sufre, porque habiendo las partes reglamentado sus intereses, no queda al juez más que cumplir la ley del contrato. (1)

457. Es preciso no confundir con la cláusula penal el contrato por el cual el deudor, reconociendo el daño que causó, se obliga á repararlo pagando al acreedor determinada suma á título de indemnización, en cuyo caso no se trata de pena, sino del cumplimiento de una obligación. ¿Podría el Tribunal reducirlo por ser excesivo? Se optó por la afirmativa en un caso en que fué firmado un pagaré

1 Casación, 4 de Junio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 257) y una sentencia del 10 de Enero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 33).

en provecho de una hija, reparando la injusticia que el subscriptor le había hecho. El culpable, porque había uno que lo era, agotó todos los artificios de la chicanería para sustraerse al cumplimiento de la promesa; el Tribunal rechazó estas sus malvadas excusas en términos duros, pero justificados. En la apelación la decisión fué sostenida, mas la Corte redujo el monto de la reparación, invocando la jurisprudencia constante en permitir reducciones y en determinar el monto de los daños y perjuicios, atendiendo al perjuicio sufrido y á la fortuna del que debe la reparación. (1) Sin duda, por falta de un contrato, el juez debe tomar en consideración las circunstancias de la causa. Mas, en el caso, había un convenio firmado por un hombre maduro, ilustrado y muy habituado á los negocios. Este es el caso de aplicar el art. 1,134, diciendo que los convenios legalmente formados tienen lugar de ley á los que los hacen.

II. ¿Puede el acreedor demandar la pena y el cumplimiento de la obligación?

458. En los términos del art. 1,229, el acreedor no puede demandar á un mismo tiempo lo principal y la pena, á menos que no haya sido estipulada por el simple retardo. Este principio resulta de la naturaleza misma de la cláusula penal. ¿Cuál es su fin? El art. 1,229 responde que es la compensación de daños y perjuicios que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento de la obligación principal, lo que supone que ésta no se ha cumplido; de aquí se sigue que si la obligación principal se cumple, la pena no se debe. Es, pues, imposible que el acreedor demande todo junto, la pena y la falta de cumplimiento de la obligación principal, porque sería demandar dos veces la misma cosa

1 Nimes, 17 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 69).

459. El art. 1,229 dice que, por excepción, el acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación principal y la pena, cuando ésta ha sido estipulada por simple retardo. No se puede decir que esto sea una excepción de la regla, porque, en este caso, la pena no es la compensación del daño que el acreedor sufre por falta de cumplimiento de la obligación principal, es solamente la valuación del daño que experimenta por el retardo en el cumplimiento. El objeto de la pena moratoria implica que es debida por el solo hecho del retardo, mas éste no impide al acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal.

Importa mucho saber si la pena es moratoria ó compensatoria. Es cuestión de hecho. Los autores marcan que la magnitud de la pena hará que el juez decida la dificultad. Cuando la pena es compensatoria, representa el valor de la obligación principal, mas los daños y perjuicios para indemnizar completamente al acreedor de la pérdida que sufre y de la ganancia de que se priva. La pena estipulada por el simple retardo tiene un objeto mucho más limitado, pues el derecho del acreedor de demandar el cumplimiento de la obligación subsiste, y tiene al mismo tiempo derecho de una reparación por el retardo del deudor en cumplir su obligación: en este caso, la pena será mucho menor que en el primero. (1)

460. La pena se estipula por el retardo. Mas si sucede que el acreedor demande la resolución del contrato por causa de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor. ¿Qué es, en este caso la cláusula penal? La Corte de Casación juzgó que en este caso, la cláusula no tiene objeto. En efecto, supone que no hay mas de un simple retardo, mas que, á pesar del retardo, la obliga-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 293, núm. 166 bis, I y II. Denegada casación, 27 de Abril de 1840 (Daloz, 1874, 1, 387).

ción será cumplida; se trata, entonces, de indemnizar al acreedor del perjuicio que ha sufrido por el retardo, cuyo perjuicio valúa la cláusula penal. Mas si el acreedor demanda la resolución del contrato, no puede tratarse de un simple retardo en cumplir un convenio que, siendo resuelto, será considerado como si no hubiera existido jamás. En este caso la cláusula penal viene abajo y el juez acordará los daños y perjuicios por omisión y los valuará según el derecho común. (1)

461. Pueden presentarse otros casos en los cuales el acreedor tiene derecho á la pena y á la obligación principal juntamente. Supongamos que en una transacción se dijo que aquella de las partes contratantes que altere la transacción quedará sujeta á una pena de 1,000 francos por solo el hecho, es decir, aun cuando la transacción se sostenga por el juez. La cláusula penal no tiene por objeto, en este caso, compensar del daño que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento de la obligación principal, puesto que las partes dijeron formalmente que la pena sería debida aun cuando la transacción se llevara á cabo, porque la pena tiene un fin muy especial, el de asegurar la tranquilidad de los que prefieren renunciar á una parte de sus pretensiones á litigar, pues tiene por objeto impedir los procesos. Es decir, que siempre que la pena es agregada á una transacción, tiene siempre y necesariamente el mismo fin? Volveremos á tratar la cuestión explicando el art. 2,047, en cuyos términos "se puede agregar á una transacción la estipulación de una pena contra el que no la cumple." Esta es una cuestión de hecho, puesto que depende todo de la intención que las partes contratantes tuvieron al estipular la pena. Si entendieron que la pena fuera una compen-

1 Denegada casación, 8 de Julio de 1873 (Daloz, 1874, 1, 56., Compárese denegada casación, 8 de Enero de 1874 (Daloz, 1874) 1, 337).

sación por la falta de cumplimiento de la transacción, permanece en el derecho común y la pena no será debida sino en caso de que la transacción sea quebrantada. Si, por el contrario, como hemos supuesto, las partes quisieron prevenir los procesos que pudieran sobrevenir sobre la transacción, se incurre en la pena por solo el hecho de intentarse un proceso, lo que no impedirá sostener que se cumplió la transacción. (1)

Lo que hemos dicho de la pena agregada á una transacción, se aplica también al compromiso y á la división, debiendo verse cuál es la intención de las partes contratantes, que pueden derogar el art. 1,229 estipulando que el acreedor puede demandar lo principal y la pena, y su voluntad tendrá lugar de ley.

§ IV.—INFLUENCIA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL.

Núm. 1. Con respecto á los herederos del acreedor.

462. Puede presentarse el primer caso: ¿incurre el deudor en la pena, de la cual son responsables sus herederos? La ley no prevee esta hipótesis, porque no puede dar lugar á ninguna deuda, pues se aplican los principios que rigen la divisibilidad y la indivisibilidad de las obligaciones. Si la pena es divisible, se dividirá entre los herederos del deudor, como se divide entre ellos toda deuda, y cada uno será responsable únicamente por su parte y porción hereditaria. Si por excepción el objeto de la pena es una cosa ó un hecho indivisible, el acreedor podrá asignar á cada uno de los herederos del deudor la totalidad de la obligación, conforme al art. 1,225. (2)

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 296, núm. 168 bis, I.

2 Durantón, t. XI, pág. 515, núms. 367 y 368.

463. Por el hecho de uno de los herederos del deudor, se incurre en la pena, según es previsto por los arts. 1,232 y 1,233. La ley distingue si la obligación principal es indivisible ó si es divisible. “Cuando la obligación primitiva contraída por una cláusula penal es una cosa indivisible, se incurre en la pena por el quebrantamiento de uno solo de los herederos del deudor” (art. 1,232). ¿Por qué se incurre en la pena por el todo, cuando uno solo de los herederos quebranta la obligación? Porque siendo indivisible la obligación, cada uno de los herederos es responsable por el total, y aquel que contraviene, lo hace por el total, porque no se concibe que contravenga por parte, puesto que la obligación no es susceptible de un cumplimiento parcial, y la pena tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la obligación; así, pues, se incurre por el total, desde que la obligación no se cumple por el total. Falta saber contra quién debe demandarse la pena.

El art. 1,232 decide que la pena puede ser demandada en totalidad contra el que contraviene; en cuyo caso lo hizo por el total, pues es la consecuencia de la falta de cumplimiento del convenio.

El art. 1232 dá también al acreedor una acción contra cada uno de los coherederos por su parte y porción, é hipotecariamente por el todo, salvo su recurso contra el que incurrió en la pena. ¿Por qué los herederos que no contravienen á la obligación, son responsables, sin embargo, de su parte en la pena? Porque esta se estipuló para el caso de quebrantamiento de la obligación, y hay falta de cumplimiento de la obligación por el todo, aunque uno solo de los herederos sea el que no cumpla, pues realizándose la condición bajo la cual la pena es debida, todos los que se comprometieron bajo esta pena son responsables; así, pues, los herederos lo son, cada uno por su parte hereditaria. La pena se divide solo cuando la ley la supone divi-

sible; si está garantizado por una hipoteca, el heredero detentor del inmueble hipotecado podrá ser perseguido por el todo en virtud de la indivisibilidad de hipoteca, (número 407).

La ley dá á los herederos que no contravienen un recurso contra el que incurre en la pena, lo cual es equitativo porque no sería justo que no siéndoles imputable la pena, deban tener parte en ella. Si han tenido que pagar su parte, es por el rigor del derecho que no hace divisible la obligación; mas el recurso que tienen contra el heredero que no cumple la obligación, hará que solo este soporte las consecuencias de su falta. (1)

464. Hay una sentencia de la Corte de Bruselas que nos parece contraria á la disposición del art. 1,232 que acabamos de analizar. Un deudor constituyó una hipoteca para seguridad de la deuda, diciendo en la escritura que se obligaba á procurar al acreedor la cancelación de la inscripción hipotecaria que gravaba el inmueble. No fué cumplida esta obligación y los herederos fueron condenados solidariamente por el juez al reembolso de la deuda que había sido prometida para seguridad de la hipoteca, sino procuraban la cancelación en la quincena. En apelación, la decisión fué reformada en lo concerniente á la condenación solidaria, porque los herederos no eran responsables de deudas, mas que por su parte y porción hereditaria. (2) Esto sería evidente si la obligación fuera divisible; mas la obligación de procurar la cancelación de una inscripción hipotecaria, es indivisible: nunca se cancela una inscripción parcialmente porque tiene por objeto la conservación de un derecho indivisible. Todos los herederos habían contravenido á la obligación por el todo;

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 355 y 356. Colmet de Sante-
rre, t. V, pág. 297, pág. 169 bis, I.

2 Bruselas, 5 de Junio de 1823 y la nota del recopilador (*Pasicrisia*, 1823, pág. 437).

así pues, debía ser responsable cada uno por el todo, de la pena pronunciada por el juez; solamente que éste no debía haber pronunciado una condenación solidaria, puesto que no había solidaridad, sino indivisibilidad, siendo el caso de aplicar el art. 1,232 pronunciando una condenación por el todo contra cada uno de los herederos que habían contravenido.

465. "Cuando la obligación primitiva contraída bajo una pena es divisible, no incurre en ella mas que aquel de los herederos del deudor que contraviene á esta obligación, y únicamente por la parte de la cual es responsable en la obligación principal, sin que tenga acción contra los que la cumplen," (art. 1,233) Siendo divisible la obligación, se divide de pleno derecho entre los herederos y no es responsable cada uno mas que por su parte, dividiéndose la pena, naturalmente, en la misma proporción; de donde se sigue que los herederos que cumplen su obligación, no pueden ser responsables de ninguna pena; si alguno de ellos no cumple, incurre en la pena, no por el total de la obligación primitiva, sino por el total de la obligación dividida, es decir, deberá su parte hereditaria. Esta es la consecuencia del principio de la divisibilidad de la obligación y de la pena.

466. La segunda línea del art. 1,233 dice que esta regla tiene excepción cuando la cláusula penal ha sido agregada en la inteligencia de que el pago no puede hacerse parcialmente. Si uno de los herederos del deudor, por rehusarse, impide el cumplimiento de la obligación, ¿cuál será la consecuencia? La ley decide que la pena entera podrá exigirse al heredero que se oponga al cumplimiento de la obligación; en cuanto á los otros herederos, podrán ser demandados por su porción solamente y salvo su recurso. ¿Por qué el heredero que contraviene debe toda la pena, aunque la obligación sea divisible? Porque la pena fué est

tipulada con intención de asegurar el cumplimiento de la obligación, por consiguiente, cuando hay omisión parcial, el acreedor tiene derecho de exigir la pena entera al que no cumple: tal fué la voluntad de las partes contratantes. ¿Por qué el acreedor tiene acción contra los herederos que cumplen, ó que están dispuestos á cumplir la obligación por su parte? Porque este cumplimiento parcial no satisface el fin del acreedor que desea el cumplimiento total y que, para garantizarlo, estipuló una pena. Así, pues, la pena es debida por todos los que son responsables de la obligación, desde que ésta no se cumple totalmente. Y ¿por qué, salvo el recurso, no está obligado cada uno de los herederos más que por su parte? Según el rigor del derecho, el acreedor debe tener derecho de perseguir á cada uno de los herederos por el total, puesto que la intención de las partes contratantes hizo la obligación indivisible con respecto al pago, y, en este caso, según el art. 1,221, cada heredero puede ser demandado por el total, salvo recurso. Puede explicarse la decisión del Código por una consideración de equidad: no siendo cumplida la obligación totalmente por el quebrantamiento de los herederos, es justo que él solo sea responsable por el total, pues no contraviniendo los otros herederos no sería equitativo ponerlos en la misma línea que al que contraviene; así, pues, no pueden ser demandados más que por su cualidad de herederos, y como tales, no deben más que su parte, teniendo además su recurso, puesto que no deben su parte más que á razón de una falta que no puede imputárseles. (1)

Núm. 2. Con respecto á los herederos del acreedor.

467. Si la obligación garantizada por una pena es divi-

1 Pothier, núms. 359 y siguientes. Durantón, t. XI, pág. 528, números 377-380.

sible, se divide entre los herederos del acreedor, no teniendo cada uno derecho más que en parte hereditaria con el crédito. Si, pues, el deudor no cumple la obligación con respecto á uno de los herederos, éste podrá demandar la pena en proporción de su parte hereditaria. Si la pena es divisible, se divide al mismo tiempo que la obligación principal. La ley no prevee esta hipótesis, y sería inútil preverla, porque la decisión resulta de los principios elementales que rigen las obligaciones divisibles.

468. Si la obligación principal es indivisible, cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el cumplimiento por el total. Si el deudor contraviene á la obligación con respecto á uno de los herederos, ¿cuál será la consecuencia de esta falta? Si contraviene á la obligación por el todo, incurre en la pena por el todo. Y la pena, ¿puede también demandarse por el todo, sea por el heredero con respecto al cual no se cumple la obligación, sea por los otros herederos? Hay alguna vacilación en la doctrina sobre este punto. Nos parece que la cuestión debe decidirse negativamente, porque la pena es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por falta de cumplimiento de la obligación principal; y cuando la obligación indivisible se convierte en daños y perjuicios, cada acreedor solo puede demandar en parte esos daños y perjuicios porque no puede demandar más que su parte en la pena. (1)

1 Compárese Pothier, núm. 364. Durantón, t. XI, pág. 526, número 276. Demolombe, t. XXVI, pág. 615; núms. 714-717.