

rios cesarán de correr, etc. Pero, en principio, los efectos que la mora había ya producido en el momento en que ha cesado, continuarán plenamente adquiridos por la parte adversa y en particular los intereses moratorios que han corrido ya, permanecen debidos al acreedor [1]. Para que el adversario de la parte en mora pierda la utilidad de los efectos ya producidos por la mora, es preciso que renuncie á ellos de una manera especial, expresa ó tácitamente; por ejemplo el acreedor recibe el pago de su deudor, le remite la deuda ó arregla una novación con él, sin reservar su derecho con relación á los intereses moratorios; la omisión de esta reserva implica una renuncia tácita [2].

SECCIÓN IV. DE LOS MEDIOS DE ASEGURAR LA EJECUCIÓN
DE LAS OBLIGACIONES

§ 24. *Enumeración.*

Los medios de asegurar la ejecución de las obligaciones son:

- 1º La cláusula penal.
- 2º La dación de arras.
- 3º Las intercesiones. y
- 4º En ciertos casos, el juramento. En general, el juramento llamado promisorio no tiene sino una fuerza moral; no añade nada al valor jurídico de una promesa [3]. No es sino en ciertas hipótesis muy excepcionales cuando el Derecho Romano deroga esta regla. Los menores pueden renunciar válidamente á la restitución *in integrum* bajo la

(1) *Cod.* lib. 4, tit. 8, l. 2.

(2) Windscheid, II, § 281. 4º

(3) *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 7, § 16; *Cod.* lib. 1, tit. 14, *de leg.* l. 5, § 2.

fe del juramento [1]. Del mismo modo son válidas, con tal que sean garantizadas por juramento, las promesas unilaterales de servicios ó de regalos hechos por un liberto á su patrono con ocasión de su manumisión [2]. En fin, si una transacción ha sido confirmada por el juramento de un contratante mayor, su violación produce la infamia (3).

I. DE LA CLÁUSULA PENAL

§ 25. *Nociones generales.*

1º La cláusula penal (*penae stipulatio*) es una convención accesoria por la cual un deudor promete alguna cosa para el caso en que faltara á su obligación (4). Esta cláusula presenta una doble ventaja. Asegura desde luego la ejecución de la obligación principal por la amenaza de una pena; el deudor sabe que, por no cumplir con el pago de su deuda, incurrirá en una pena; esta amenaza debe determinarlo de una manera especial á ejecutar su obligación (5). Después la cláusula penal dispensa al acreedor de la prueba difícil de los daños y perjuicios en caso que el deudor no satisfaga su obligación; lo sustrae á una estimación de estos daños y perjuicios de parte del juez, estimación eminentemente subjetiva y por tanto no poco arbitraria (6). La pena puede por lo demás consistir en una cosa cualquie-

(1) *Cod.* lib. 2, tit. 27, l. 1. Pero el juramento del menor no le impide atacar las convenciones que ha concluido irregularmente sin su tutor ó curador ó bien sin un decreto del magistrado; el menor es protegido en esto, además de la restitución *in integrum*.

(2) Ley romana de los Visigodos, Gaius, II, 9, 4; *Dig.* lib. 38, tit. 1, l. 7. Véase después § 224, 4º de esta obra.

(3) *Cod.* lib. 2, tit. 4, l. 41. A propósito de la invocación del nombre del emperador véase el *Dig.* lib. 12, tit. 2, l. 13, § 6 y *Cod.* lib. 2, tit. 4, l. 41, § 1.

[4] *Inst.* lib. 3, tit. 19, § 19; *Dig.* lib. 2, tit. 14, l. 10, § 1. Art. 1311 del *Cod. Civ.* del D. F. de México.

[5] *Cod.* lib. 2, tit. 55, l. 1.

[6] *Inst.* lib. 3, tit. 15, § 7.

ra (1); pero casi siempre ella es pecuniaria (2), su monto depende también soberamente de la voluntad de las partes (3), con tal de que no haya convención usuraria (4). Un caracter esencial de la cláusula penal es que ella forma una convención accesoria; garantiza la ejecución de otra obligación. Resulta de esto que, si esta última obligación es nula, la cláusula penal lo es igualmente; lo accesorio sigue siempre la condición de lo principal. Así se vende por error un caballo muerto el día del contrato, añadiendo una cláusula penal á la venta; las dos convenciones son heridas de la misma nulidad (5). Pero es claro que la nulidad de la cláusula penal no impide la validez de la obligación principal; lo accesorio no influye sobre lo principal. En lo que concierne á la forma de la cláusula penal, basta un simple pacto si la cláusula es añadida á un contrato de buena fe; pero si ella es añadida á un contrato de derecho estricto, es necesaria una estipulación (6). En realidad los Romanos no empleaban sino la estipulación, aun con ocasión de los contratos de buena fe.

2º Acabamos de considerar la estipulación penal como convención accesoria; ella se presenta entonces bajo la siguiente forma: "os prometo un caballo, y para el caso en que no os lo entregare, me comprometo á pagar 100" Se debería reservar á este especie el nombre de *cláusula penal* (7). Pero la estipulación penal puede ser también una

[1] *Dig.* lib. 4, tit. 8, l. 11, § 2 y l. 28.

[2] *Inst.* lib. 3, tit. 15, § 7.

[3] *Dig.* lib. 4, tit. 8, l. 32.

[4] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 13, § 26. *Id.* lib. 22, tit. 1, l. 9; *Cod.* lib. 4, tit. 32, l. 1. 15 y 16. Art. 1313 del *Cod. Civ. del D. F. de México.*

[5] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 69; *Cod.* lib. 8, tit. 38, l. 2. Arts. 1312 y 2835 del *Cód. Civ. del D. F. de México.*

[6] Véase adelante en esta obra, § 50, 2º y § 185.

[7] Papiniano la designa por las palabras *scipulatio quae non á conditione coepit*; la estipulación condicional de la pena es en efecto precedida de una esti-

convención principal; tiene este carácter cuando no tiende á garantizar la ejecución de otra obligación. Sucederá así evidentemente cuando ninguna otra convención hubiere intervenido entre las partes, por ejemplo, yo me comprometo directamente á pagaros cien si no os entrego tal caballo, sin prometeros en manera alguna el caballo mismo (1). Pero será preciso decir otro tanto cuando, habiendo intervenido otra convención, ésta es nula, y conociendo las partes esta nulidad, hubieran querido precisamente cubrir, por la estipulación penal, el vicio de su primera convención: en este caso, es como si las partes se hubieran limitado á hacer la estipulación penal. Yo estipulo que no sembraréis vuestro fundo y además que si lo cultiváis, me pagaréis cien. La primera estipulación es nula porque no tengo en ella ningún interés. La estipulación penal tiene por objeto cubrir este vicio; ella me crea un interés (2). Esta estipulación penal principal debería ser la única llamada *estipulación penal* (3). Por el momento nos limitaremos á indicar una sola diferencia entre la cláusula penal y la estipulación penal; las demás diferencias serán mencionadas con ocasión de la teoría de la cláusula penal. En el caso de una cláusula penal, existe una doble obligación, la una principal, la otra accesoria y condicional; el estipulante tiene un doble derecho: puede ó bien demandar la

pulación principal [*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2].

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2. Arts. 1364 y relativos del *Cód. Civ. del D. F. de México.*

[2] He aquí dos especies análogas; Yo estipulo con vos que X me hará un cuadro y que si no lo hace, me pagareis 100. Estipulo con vos que haréis un cuadro para X y que, en caso contrario, me pagaréis 100. En cada caso la primera convención es nula; no se puede prometer el hecho de un tercero ni estipular por un tercero. Pero la estipulación penal cubre el vicio, puesto que se promete en ella para si mismo, que se estipula para si mismo [*Inst.* lib. 3, tit. 19, §§ 19 y 21. Véase adelante en esta obra § 111, I]. *Contra:* Art. 1428 del *Cód. Civ. del D. F. de México.*

[3] Papiniano dice de ella que es una *stipulatio quae á conditione coepit*, por que es independiente de cualquiera otra convención.

ejecución de la obligación principal, ó bien reclamar la pena en que se ha incurrido. Sin embargo, la nulidad de la obligación principal importa la de la cláusula penal (1). Por el contrario, la estipulación penal no engendra sino una obligación única, la de pagar la pena; el estipulante no tiene jamás derecho á otra cosa. Pero también es un derecho propio é independiente de cualquiera otro (2).

§ 26. *Del momento en que se incurre en la pena.*

La cláusula penal, considerada de una manera general, es ciertamente una promesa condicional; la condición consiste en la inejecución de una pena, hay que referirse ante todo á la teoría de las condiciones. Pero la condición implicada en la cláusula penal es de una naturaleza particular; supone la inejecución de una obligación principal. De allí modificaciones de la teoría común de las condiciones. Para determinar el momento en que se incurre en la pena, es preciso distinguir si la obligación principal es á plazo ó pura y simple.

1º Si es á plazo, se incurre en la pena por sólo que el plazo transcurra sin que el deudor ejecute su obligación, no es necesario que haya sido interpelado á pagar. En efecto, el deudor ha prometido la pena para el caso de inejecución de la obligación; luego para el caso en que no pague en el plazo convenido; ahora bien esta condición se ha realizado cuando, el día del vencimiento, el pago no se ha efectuado, poco importa que no haya habido interpelación, la convención constituye la ley de las partes (3). Sin em-

[1] *Cod.* lib. 2, tit. 3, l. 14.

[2] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2.

[3] *Dig.* lib. 4, tit. 8, l. 23; *Id.* lib. 44, tit. 7, l. 23; *Cod.* lib. 8, tit. 37, l. 12. Arts. 1311 y 1423 fr. I del Cód. Civ. del D. F. de México.

bargo, no se incurre en la pena, si la cosa debida principalmente ha perecido por accidente antes del vencimiento del plazo; aquí la obligación principal se extingue antes del vencimiento y por tanto la obligación accesoria de pagar la pena ha tenido la misma suerte; el deudor no puede ya incurrir en una pena por causa de inejecución de una obligación extinguida (1). Por cierta que parezca esta regla desde el punto de vista de los principios generales y de los textos se la ha puesto en duda y se ha enseñado que la pena es debida al vencimiento, aun cuando la ejecución de la obligación principal se hubiera hecho imposible sin culpa del deudor (2). Sucede de otra manera si se trata de una estipulación penal principal; aquí la pena es debida, no obstante la pérdida accidental de la cosa, porque la condición se ha realizado; poco importa que nada se pueda reprochar al promitente (3).

2º Cuando la obligación principal es pura y simple, se incurre en la pena desde que el deudor es culpable en cuanto á la ejecución de su obligación; en otros términos, desde que, habiendo podido ejecutarla, se encuentra en estado de no haberlo hecho. En efecto, la pena ha sido prometida para el caso de inejecución de la obligación, luego para el caso en que ella faltara por su culpa; aquí también la con-

[1] *Dig.* lib. 4, tit. 8, l. 21, § 9. *Id.* lib. 2, tit. 11, l. 2, §§ 1 y 9 y l. 4 §§ 1 y 4. *Non obstat* el *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 77 ni el *Dig.* lib. 22, tit. 2, l. 9. Resulta solamente de estas dos últimas leyes que se incurre en la pena, aunque el día del vencimiento, la herencia del deudor esté yacente; aquí la obligación principal subsiste plenamente. Arts. 1317 y 3180 del Código Civil del Distrito Federal de México.

[2] Se eliminan arbitrariamente los textos sobre los cuales nos fundamos, presentándolos como decisiones especiales respecto de cláusulas penales relativas á un proceso ó á un compromiso. Véanse en este sentido Molitor, I, núms. 159-161 y 162; Maynz, II, § 258, p. 416 y 417 y, al menos, para las obligaciones de buena fe Savigny, II, § 80 B. p. 279 á 281. *Contra*; Vangerow, III, § 614, *Ann.* nº III, 1º y Windscheid, II, § 285, 1º y nota 2.

[3] Véase adelante § 97.

vención constituye la ley de las partes. Así, yo os vendo un caballo, y para el caso en que no os lo entregara me comprometo á pagaros una pena de 100; desde el momento que no os entrego el caballo, se incurre en la pena de 100 (1). Luego, para que se incurra en la pena, no es necesario que el deudor haya sido interpelado á pagar. No es necesario tampoco que la ejecución de la obligación principal se haya hecho imposible, por ejemplo, que el caballo prometido haya perecido por culpa del deudor. Comprobamos aquí una nueva diferencia con la estipulación penal principal. Yo os prometo 100 si no os entrego tal caballo; la pena no es debida sino si la tradición del caballo se ha hecho imposible, si el caballo ha perecido. La razón de esto es que las condiciones negativas no son cumplidas sino cuando el acontecimiento á que se refieren no puede ya realizarse (2). Pero, si es verdad que, en el caso de una cláusula penal, se incurre en la pena desde que el deudor falta á su obligación, no se incurre en ella tampoco sino en tanto que esa falta exista. De aquí una consecuencia importante. La cosa debida principalmente perece á causa de un accidente, antes de toda culpa de parte del deudor; la pena no es debida. En efecto, la obligación principal se ha extinguido por la pérdida accidental de la cosa y ha sucedido lo mismo con la obligación accesoria de pagar la pena;

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2. Arts. 1423 fr. II, 1424 y 1425 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] Papiniano explica bien esta diferencia en la ley 115, § 2 cit. Toma por ejemplo la estipulación: *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* ¿Cuándo son debidos los 100? Solamente cuando Pánfilo no puede ya ser dado, decía Pagaso; desde que Pánfilo ha podido ser dado, respondía Sabino. Papiniano se pronuncia en favor de la última opinión, cuando se trata de una estipulación penal accesoria. En el caso de una estipulación penal principal, admite virtualmente la doctrina de Pagaso. Por lo demás Sabino mismo parecía restringir su sistema á la cláusula penal; porque se fundaba en lo que era admitido en el legado de provisiones de boca [*penus*] cuando, para el caso de inejecución de este legado, se había legado una suma de dinero. Art. 1355 del Cód. Civ. del D. F. de México.

el deudor no puede ya ser culpable de no ejecutar una obligación extinguida. Sucedería de otro modo si la pérdida accidental de la cosa debida fuese posterior á la culpa: entonces se ha incurrido en la pena por efecto de la culpa misma y queda debida no obstante la pérdida accidental subsecuente. Se si guen reglas absolutamente diferentes en cuanto á la estipulación penal principal. Os prometo pagar 100 si no os entrego tal caballo; el caballo perece, poco importa cómo; la pena es debida, porque es cumplida la condición negativa bajo la cual ella fue prometida; el acontecimiento al cual se refería la condición, no puede ya realizarse. Hemos dicho que, en las obligaciones puras y simples se incurre en la pena desde el momento que el deudor falta á su obligación. La regla admite sin embargo el temperamento de que el deudor puede, hasta la *litis contestatio*, sustraerse al pago de la pena, ejecutando la obligación principal (1).

Por lo demás es indiferente, en las obligaciones puras y simples ó á plazo, que la obligación no haya recibido ninguna ejecución ó que haya tenido una ejecución parcial. La pena se estipula para el caso en que la obligación no sea ejecutada; ahora bien ella no lo es por un pago parcial (2). No solamente se incurre en la pena por la ejecución parcial de la obligación, sino que se incurre en la pena toda entera; el deudor no puede reclamar una reducción proporcional de la pena; tal pretensión es contraria al contrato (3) Para que no se incurra en la pena sino en parte, en razón de una ejecución parcial de las obligaciones, se necesita una convención especial (4).

[1] *Dig.* lib. 4, tit. 8, l. 21, § 12; l. 22, l. 52; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 122, § 2.

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 47. *Contra:* Arts. 1314 y 1315 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] *Arg. Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 47.

[4] *Dig.* lib. 2, tit. 11, l. 9, § 1. Véase en este sentido Vangerow, III, § 614 *Ann.* núm. III y Windscheid, II, § 285, 2º Molitor, I, núm. 164 autoriza de pleno derecho al juez á reducir la pena cuando la obligación ha sido ejecutada en parte; su opinión es errónea.

En lo que precede hemos tenido particularmente en mira una obligación principal consistente en hacer. Si ella consiste en no hacer, es evidente que se incurre en la pena cuando el deudor ha hecho aquello de que debía abstenerse (1).

§ 27. *Efectos de la pena.*

I. Habiéndose incurrido en la pena, el acreedor es generalmente libre de demandar, á su elección, la obligación principal ó la pena (2). Claro es que tiene el derecho de reclamar la pena; si lo hace, el deudor no puede ofrecer ejecutar la obligación principal (3), ni reclamar una reducción de la pena, ni aun por ejecución parcial de la obligación (4). Por otra parte, el acreedor tiene también derecho de atenerse á la obligación principal; la pena es establecida en su interés y por tanto debe serle permitido renunciar á ella; entonces el deudor no puede ofrecer el pago de la pena (5). El acreedor tomará el segundo partido si los daños y perjuicios debidos de pleno derecho por la inejecución de la obligación principal son superiores al monto de la pena (6). Pero el acreedor no puede acumular la demanda de la obligación principal y la de la pena; en efecto, la pena se estipula para el caso de inejecución de la obligación principal, y es evidente que no se puede demandar á la vez la ejecución de esta obligación y la pena estipulada

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 122, § 6. Art. 1428 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Cod.* lib. 2, tit. 3, l. 14; *Id.* lib. 2, tit. 4, l. 40. Art. 1316 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] Arg. de las mismas leyes,

[4] Véase § 26 en esta obra.

[5] Arg. *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 28 é *Id.* lib. 17, tit. 2; l. 41.

[6] Arg. l. 41, cit.

para el caso de inejecución (1). Por derogación de estas reglas:

1º Se admite al acreedor á demandar acumulativamente la obligación principal y la pena, cuando esta ha sido estipulada por el simple retardo en la ejecución de la obligación principal. Nada se opone entonces á la acumulación de que se trata; la pena no es destinada á ocupar el lugar de la ejecución de la obligación principal, sino el de su ejecución en la época convenida (2). Solamente que este carácter de la pena no podría presumirse, y por tanto, para que se le pueda admitir, es indispensable una convención especial (3).

2º Las partes pueden también convenir en que la pena tendrá el carácter de una facultad, es decir que el deudor tendrá el derecho de desistirse de la obligación principal por el pago de la pena. En este caso, lo principal es lo único debido; todavía no lo es absolutamente, porque el deudor puede librarse pagando la pena convenida. En una palabra, hay aquí una obligación llamada facultativa, en que lo principal es debido, con facultad de pagar la pena. Los intérpretes del Derecho Romano hablan en el caso de una *mulcta paenitentialis*. Pero, á decir verdad, si el deudor puede desistirse, no es á causa de la pena, sino porque ha estipulado el derecho de desistirse; la pena traba el desistimiento, porque sin ella el deudor sería libre de desistirse impunemente. Aquí, como en otra parte, la pena considerada en sí misma es confirmatoria y no penitencial. Claro es

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 28; *Id.* lib. 17, tit. 2, l. 42. Art. 1316 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 115 § 2; l. 122, § 6; *Cod.* lib. 2, tit. 4, l. 17. *Dig.* lib. 2, tit. 15, l. 16. En las dos últimas leyes, las palabras *manente transactionis placito y rato manente pacto* significan que la pena había sido estipulada sin perjuicio de la observancia de la transacción [Vangerow, III, § 614, *Ann.* núm. IV 3 y Maynz, II, § 258, A y nota 21].

[3] Arg. de los textos citados en la nota precedente.

que la pena no constituye una facultad sino mediante una convención especial, un pacto de desistimiento (*pactum displicentiae*).

3º En fin, es posible que la intención de las partes haya sido novar la obligación principal por la obligación condicional de pagar la pena, en caso de inejecución de la deuda primitiva (1). En esta hipótesis, conforme á los principios generales sobre la novación, tanto como la condición puesta á la nueva deuda (la inejecución de la antigua) está en suspenso, tanto el acreedor no puede reclamar el pago ni de lo principal ni de la pena (2). Si el deudor paga espontáneamente lo principal, faltan la condición de la novación y por tanto la novación misma. Si él no paga lo principal, la condición de la novación se realiza; la deuda primitiva se extingue y es reemplazada por la obligación de pagar la pena (3). Como la novación no se presume, la estipulación penal no implicará una novación sino cuando resulte de una cláusula del contrato ó bien de las circunstancias que las partes han tenido la intención de novar (4).

II. ¿Cómo se incurre en la pena cuando, en la obligación garantizada por la cláusula penal, intervienen muchos deudores ó muchos acreedores? En la solución de esta cuestión suponemos una obligación principal divisible y no solidaria; los casos en que la obligación es indivisible ó soli-

[1] *Dig.* lib. 44, tit. 7, l. 44, § 6; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2. Art. 1606 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Arg. Inst.* lib. 3, tit. 28, § 3. *Dig.* lib. 46, tit. 2, l. 14.

[3] *Dig.* lib. 44, tit. 7, l. 44, § 6; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2. Sin embargo, como en el caso de una cláusula penal propiamente dicha, hasta la *litis contestatio*, es facultativo para el deudor pagar lo principal [*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 84].

[4] *Arg. Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 71. Nuestras fuentes admiten una novación tácita cuando lo principal y la pena son prometidos por una estipulación única: *Stichum dari spondes? si Stichum non dederis, centum dari spondes? Spondeo.* [*Dig.* lib. 44, tit. 7, l. 44, § 6; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 115, § 2; *Arg. Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 71.] Véase Vangerow, III, 614, *Ann.* núm. IV, 1º y Savigny, I, § 31. Art. 1611 del Cód. Civ. del D. F. de México.

daria, pertenecen á las teorías de la indivisibilidad y de la solidaridad de las obligaciones (1). No hay dificultad si, en el momento de la inejecución de la obligación, ésta no comprendía todavía sino un solo deudor y un solo acreedor y más tarde el deudor ó el acreedor ha muerto, dejando muchos herederos. En el caso, la pena es debida por cada heredero del deudor ó á cada heredero del acreedor, en proporción de su parte hereditaria. En efecto, se ha incurrido en la pena por el todo por el deudor muerto ó respecto del acreedor muerto; á consecuencia de la muerte, la obligación de pagar la pena se ha hecho una deuda ó un crédito hereditario: ahora bien las deudas y los créditos hereditarios se dividen entre los herederos en proporción de sus partes respectivas en la sucesión, á menos que ellas sean indivisibles, lo que no es el caso para la obligación de pagar una pena consistente en una suma de dinero ó en otras cosas corporales (2). ¿Pero qué decidir si al tiempo de la inejecución de la obligación, había ya muchos deudores ó acreedores, ya originarios, ya en virtud de la herencia, y la inejecución no se verificó sino de parte de un sólo deudor ó respecto de un solo acreedor? En principio, la pena no es debida sino por este deudor ó á aquel acreedor y solamente por su parte individual ó hereditaria. La regla se funda en que, en el momento en que se ha faltado á la obligación principal, divisible y no solidaria, esta obligación y la de pagar una pena consistente en una cosa corpórea estaban perfectamente divididas entre los diferentes deudores ó acreedores; desde este doble punto de vista, cada uno no era deudor ó acreedor sino por su parte y porción, por aplicación del principio general de que las obligaciones se divi-

[1] Véase adelante § 52, III y 56. III.

[2] *Arg. Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 72. Arts. 1318 á 1321 del Cód. Civ. del D. F. de México.