

gundo supuesto, lo será la obligación principal de pagar 2.000 pesetas en cierto plazo y la accesoria penal de convertirse la deuda en otra de 3.000, y no por vía de interés, sino como deuda principal, de no satisfacerse la primera en el tiempo estipulado; del tercer supuesto, lo será el caso de comprometerse el obligado á pintar un cuadro para cierta época, y, en su defecto, por vía de pena, á entregar una cantidad.

59. Resulta motivo de esta clasificación un principio que pudiéramos llamar *de orden*, en cuanto que la obligación accesoria se contrae y debe bajo el imperio de la principal.

60. Estas obligaciones accesorias pueden aún distinguirse en *convencionales* y *legales*, según que son hijas exclusivamente del pacto y creación directa y especial de la voluntad de los contratantes, ó según que son consecuencia y desarrollo, por ministerio de la ley, de la obligación principal.

Pueden también ser *subsidiarias* y *adjuntas*: la *subsidiaria*, llegado el caso, sustituye y extingue la obligación principal, y habrá derecho tan sólo á la una ó á la otra; la *adjunta* ó *conjunta* coexiste con la principal á que fué agregada, y el derecho del acreedor alcanza á las dos, así como ambas deberán ser cumplidas por el deudor. Ejemplo de obligaciones principales y accesorias, y éstas legales ó convencionales, subsidiarias ó adjuntas, se ofrece en los siguientes casos: Obligación principal en una compra-venta será por parte del vendedor la de entregar la cosa vendida y accesorias legales y adjuntas, la de entregar sus títulos si fuese inmueble, la de proceder cuidadosamente en su conservación, hasta que llegue el momento de la entrega, y la de indemnizar los daños y perjuicios que sean imputables al vendedor por cualquiera de los motivos, que en Derecho se llaman *caso fortuito*, *dolo*, *culpa* ó *mora* (1); mientras que será obligación accesoria, convencional y subsidiaria, el pacto, por ejemplo, de entregar otra cosa determinada en defecto de la vendida, si ésta pereciese.

61. He aquí las reglas de Derecho que podrían formularse, ya emanadas del antiguo de Castilla, anterior al Código civil, ya del sentido científico y doctrina en cuanto es compatible y suplementario de aquél, aplicables á las obligaciones con cláusula penal, á saber:

Primera. Es obligación con cláusula penal aquella por la que el deudor se compromete á otra prestación, en el caso de no cumplir la obligación principal. Esta pena se llama convencional «*que quiere tanto decir como pena que es puesta á placer de ambas las partes*» (2).

(1) Estudiados en el Art. 3.º, Cap. IX de este Tom.

(2) L. 34, tit. 11, Part. V; 1.ª, tit. 11, lib. I, F. R.

Segunda. Esta clase de obligaciones se distinguen de las condicionales, en que en la condicional no hay más que una obligación, cuyo cumplimiento ó subsistencia de sus efectos está influido por la condición, según la naturaleza que ésta tenga de suspensiva ó resolutoria (1); en tanto que en el caso de obligación con cláusula penal existen dos obligaciones, una que es la principal, y otra que se agrega para asegurar ó sustituir su cumplimiento (2).

Tercera. El deudor por obligación con cláusula penal, no puede ser compelido al cumplimiento de ambas obligaciones, sino solamente de una de ellas, á no ser que se hubiera pactado expresamente lo contrario (3).

Cuarta. Es válida la cláusula penal agregada á una obligación; aunque ésta no subsista por no poderse hacer efectiva, cualquiera que sea la causa, á no ser que provenga su nulidad de estar contraída en términos opuestos á la Ley ó á las buenas costumbres (4), ó cuando la cláusula penal se estipulase como agregada á un matrimonio proyectado, porque, según dice la Ley, «*el casamiento non deue ser fecho por miedo de pena, mas por amor*» (5).

Quinta. La nulidad de la cláusula penal no invalida la obligación principal.

Sexta. Si la obligación fuere afirmativa, de dar ó hacer alguna cosa, y se hubiere contraído á día cierto y bajo pena, el obligado debe cumplir la obligación ó pagar la pena tan luego como llegue el día, sin necesidad de demanda del acreedor (6).

Séptima. En las mismas obligaciones afirmativas, si no se estipuló plazo para el cumplimiento de la obligación, deberá el deudor pagar la pena desde el momento en que fuere demandado por el acreedor en tiempo y lugar conveniente, sin que hubiera cumplido el deudor la obligación principal, habiendo podido hacerlo (7); ó sea, queda incurso en la pena desde la contestación á la demanda. Debe exceptuarse el caso de una obligación de hacer alguna obra dentro de cierto plazo, cuando por juicio pericial se considerara insuficiente.

(1) Conforme á las reglas expuestas para las obligaciones condicionales en el Art. 2.º de este Cap.

(2) L. 34, tit. 11, Part. V.

(3) L. 40, tit. 11, Part. V.

(4) LL. 6.ª, tit. 11, lib. I, F. R.; 38, tit. 11, Part. V.

(5) L. 39, tit. 11, Part. V.

(6) L. 35, tit. 11, Part. V.

(7) Idem id. Esta doctrina es la del Derecho romano, aceptada por las Partidas; pero los Códigos modernos establecen que, se haya ó no señalado plazo para el cumplimiento de la obligación principal, el deudor no incurrirá en la pena sino después de haber incurrido en mora.

Octava. Es también precepto de la ley (1) para las obligaciones afirmativas de dar ó hacer, sin señalamiento de día ni estipulación expresa de cláusula penal, la de que si el deudor dejase transcurrir algún tiempo desde que pudo cumplir la obligación y no lo hizo por negligencia, pueda el acreedor exigirle, no sólo el cumplimiento, sino «*todos los daños ó los menoscabos que rescebió por razon que no cumplió aquello que prometió*». Sin embargo, el deudor podrá librarse de esta responsabilidad, si se apresurare á cumplir ó empezare á cumplir lo prometido antes de contestar la demanda; «*é si lo cumpliere estonce non seria tenuto de pechar los daños nin los menoscabos que de suso diximos*». La ley suple en este caso la cláusula penal que falta, aplicando la teoría de que ésta equivale á la indemnización de daños y perjuicios debidos, por el incumplimiento de una obligación.

Novena. Si la obligación se hubiere expresado en términos negativos, según el ejemplo de la ley (2), «*si vos yo non diere ó non fiziere tal cosa, prometo de vos dar ó pechar tantos maravedis*», no se podrá reclamar la pena hasta que ocurra la muerte del obligado ú otra imposibilidad semejante de cumplir lo convenido, toda vez que esta doctrina se regula por la de las obligaciones con condición negativa, y es sabido que en materia de obligaciones contractuales condicionales no cabe garantizar anticipadamente su cumplimiento por medio de caución. Otra cosa es el caso de las obligaciones consistentes en no hacer, en las que la accesoria penal será exigible desde el momento en que se realice el hecho prohibido, cualesquiera que fueren sus consecuencias.

Décima. Si se prorroga el término convenido para cumplir una obligación que lleva agregada cláusula penal, no por esto queda relevado el deudor de la pena, si su morosidad la hizo procedente. Tampoco la obligación principal se tiene por cumplida, ni por exento de la pena al deudor cuando no hace lo mismo que prometió ó cumple sólo parte de la obligación.

Undécima. Si la obligación que lleva agregada cláusula penal fuera indivisible, bastará la contravención de uno de los herederos del deudor para que se deba la pena y pueda exigirse lo mismo al heredero culpable que á cualquiera de los otros, según la doctrina romana (3), no contradicha por el Derecho de Castilla, añadiéndose, por los Códigos modernos (4), que en el caso de hacerse efectiva la pena, el

(1) 35, tit. 11, Part. V.

(2) 15, tit. 11, Part. V.

(3) L. 4.ª, § 1.º, D. *De verborum obligationibus*. Frag. de Paulo.

(4) Art. 1.083, Proy. Cód. civ. de 1851.

heredero que no fuere culpable deberá ser indemnizado por el que lo fuera, respondiéndose entre sí los coherederos, según su porción hereditaria.

Duodécima. En cuanto á las obligaciones divisibles con cláusula penal, el Derecho romano (1) y algún código moderno (2) establecen que se divida la pena entre los herederos, y que no pueda el acreedor reclamar á cada uno más que la parte que le corresponda; mientras que el Proyecto del español de 1851 (3) mantiene igual criterio que para las obligaciones indivisibles.

Décimatercia. No se debe la pena si el incumplimiento de la obligación procede de caso fortuito (4), ni tampoco si proviene de culpa del acreedor, ó si éste, también por su parte, ha faltado al cumplimiento del contrato, pero no releva de la pena, agregada á una obligación consistente en cosa cierta, aunque perezca sin culpa del deudor, que bien puede ocurrir esto sin que sea por caso fortuito (5).

Décimacuarta. Define también la ley (6) la pena judicial, diciendo que es la «*puesta sobre promision que es fecha en juicio*», ó sea las penas bajo las que se compromete alguno ante los Tribunales al cumplimiento de una obligación contraída en juicio, de la cual queda relevado el que se obligó cuando por imposibilidad deja de cumplirse ó se cumple con retraso de dos ó más días, si medió autorización judicial; y siempre, en este último caso, sin perjuicio del derecho del otro contratante á ser indemnizado de los daños que se le ocasionaron por aquella prórroga (7).

Décimaquinta. Es distinto el criterio de la ley (8), respecto de la pena convencional, de cuyo cumplimiento no releva la imposibilidad, como sucede con la judicial, según se ha dicho, y en todo caso, fuera de los exceptuados en la regla 13.ª, está obligado á pagarla el contratante cuando no cumple la obligación principal, como se deduce del claro texto de la misma «*é non se pueda escusar por embargo*».

(1) L. 4.ª cit.

(2) Art. 1.233 del Cód. francés.

(3) Art. 1.084.

(4) L. 37, tit. 11, Part. IV.

(5) Pár. último, ídem íd.

(6) 35, tit. 11, Part. V.

(7) Sobre este punto deben tenerse en cuenta las disposiciones de las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal, en los diferentes casos que tratan de fianzas judiciales.

(8) 37, tit. 11, Part. V.

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

62. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.—La ley 24, tit. 11 de la Part. V, que autoriza al que otorga una obligación alternativa para elegir cualesquiera de sus términos, supone la posibilidad de que por ambos pueda ser cumplida; porque si uno de ellos no existe, según la ley antecedente del propio título y Partida, no cabe elección, y debe llevarse á efecto con arreglo al único término realizable de los que fueron pactados (1).

Con arreglo al espíritu de la ley 24, tit. 11, Part. V, las obligaciones disyuntivas se solventan por el obligado, cumpliendo una de ellas, «cual quisiere é non más» (2).

Si en la demanda no se pidió *conjuntamente* el cumplimiento de lo estipulado en un contrato de venta, y el abono de los daños y menoscabos, sino lo primero, ó en *otro caso*, lo segundo alternativamente, lo cual en manera alguna es opuesto á las prescripciones de la ley 5.ª, tit. 6.º, Part. V, al condenar, según lo solicitado en la demanda, no se infringe dicha ley (3).

Cuando en un contrato se designan dos puntos para cumplir en uno de ellos indistintamente la obligación, no se entiende por esto que la elección sea del obligado, á no ser que se determine expresamente (4).

63. OBLIGACIONES DE DAR Y DE HACER.—Para que exista legalmente la obligación de dar ó hacer alguna cosa, no es necesario que el obligado contrate directamente con la persona á quien ha de darse ó á cuyo favor ha de hacerse, si consta por hechos indubitados que el uno quiso obligarse y el otro aceptó la obligación (5).

Si bien es doctrina legal admitida como jurisprudencia de los Tribunales, de acuerdo con lo que dispone la ley 10, tit. 1.º, Part. V, que los intereses se deben únicamente por la convención ó por la mora, lo es igualmente que el deudor se constituye en mora cuando no entrega la cosa en la sazón que debía (6).

Según la ley 5.ª, tit. 6.º, Part. V, para que la obligación de hacer, no cumplida, se convierta en la de abonar los daños y perjuicios, es necesario presuponer engaño (7).

El principio de derecho de que la obligación de hacer alguna cosa por la falta de su cumplimiento se convierte en la de indemnización de daños y perjuicios, tampoco tiene aplicación á las obligaciones que se hacen derivar de contratos que carecen de eficacia y valor con arreglo á las disposiciones legales (8).

(1) Sent. 21 Enero 1868.

(2) Sent. 21 Noviembre 1876.

(3) Sent. 7 Octubre 1879.

(4) Sent. 29 Diciembre 1860.

(5) Sent. 26 Septiembre 1868.

(6) Sent. 7 Abril 1866.

(7) Sent. 30 Junio 1865, que ya tenemos comentada en el texto.

(8) Sent. 28 Mayo 1874.

64. OBLIGACIONES POSIBLES É IMPOSIBLES.—La ley 34, tit. 11 de la Partida V, determina cuándo puede exigirse el cumplimiento de la obligación y la sanción penal establecida para su seguridad, ó sólo una de las dos cosas, y no se refiere al en que no sea exigible la obligación por imposibilidad de ejecutarla; y, por tanto, no se ha infringido, como tampoco la 37 del mismo título y Partida, porque esta ley se refiere, en su segunda parte, al deudor, después que se hubiese constituido en mora, y no puede tener aplicación al pleito en que se trata de una obligación de hacer que no puede cumplirse por imposibilidad material, independiente de la voluntad del obligado, y nacida antes de la terminación del plazo estipulado (1).

En lo imposible no hay más ni menos, ora sea por la naturaleza ó por un hecho; y declarada la imposibilidad de ejercitar las obras en el plazo estipulado, y en virtud de los hechos que la determinan, y cuya existencia ha apreciado la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 21, tit. 13, Part. V, y 3.ª del mismo título y Partida, y la 11, tit. 33, Part. VII (2).

65. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACESORIAS.—Las cláusulas penales establecidas en los contratos por voluntad de las partes tienen por objeto el de que las promisiones sean más firmes ó mejor guardadas, como dice la ley 31, tit. 11 de la Part. V, que las autoriza, y por su indole penal no pueden extenderse á casos no pactados expresamente, así como por su objeto no pueden servir de obstáculo á las reclamaciones que una de las parte se ve en la necesidad de entablar contra la otra, ante la autoridad competente, para el cumplimiento de lo estipulado, y mucho menos coartar la acción de la Administración activa para adoptar las medidas que estime conducentes á dicho fin y á la conservación del orden público, dentro del círculo de sus atribuciones (3).

ART. II.

CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º

Texto.**66. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.**

Art. 1.131. El obligado alternativamente á diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.

El acreedor no puede ser compelido á recibir parte de una y parte de otra.

Art. 1.132. La elección corresponde al deudor, á menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.

(1) Sent. 14 Diciembre 1881.

(2) Sent. 14 Diciembre 1881.

(3) Sent. 26 Junio 1883.