

oponen á la ley, y los que por sí mismos importan una infracción punible.

Y luego agregan: "La venta de un objeto cualquiera bajo la condición expresa de que el comprador no pudiera disponer de ella sino á favor de sus herederos, sería un contrato nulo conforme á la segunda parte de la fracción 1.^ª por ser contraria á la disposición legal que prohíbe las vinculaciones. La donación hecha á una persona bajo la condición expresa de que asesinase á otra, sería un contrato nulo conforme á la fracción 4.^ª; porque el acto mismo de hacer la donación con ese objeto, es ya un delito." ¹

No se considera como físicamente imposible, sino aquello que lo es de un modo absoluto por razón de la cosa, ó cuando el hecho no puede ser ejecutado por la persona obligada ni por otra alguna en su lugar: es decir, que la imposibilidad debe ser absoluta y perpetua, pues si no reúne estos dos caracteres no produce la nulidad del contrato. (Artículo 1,422, Código Civil.) ²

En efecto: la nulidad relativa, la que sólo proviene del contratante no es una imposibilidad real, sino, como dice Demolombe, una impotencia personal, imputable al deudor por haber contraído una obligación superior á sus fuerzas, y que da lugar á una acción en su contra por indemnización de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento del contrato. ³

Esta teoría, que tiene en su apoyo respetables autoridades, se funda en la ley 137, pár. 5, tít. 1.^º, lib. 45 del Digesto, concebida en los términos siguientes: ⁴

"Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit, cum alii possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit."

¹ Exposición de motivos.

² Art. 1,305, Código Civil de 1884.

³ Tomo XXIV, núm. 318.

⁴ Delvincourt, tomo II, pág. 602; Toullier, tomo VI, núm. 682; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 64; Larombière, artículos 1,172 y 1,173, núm. 3; Zachariae, párrafo 302, nota 7; y otros.

Si la imposibilidad es temporal ó del momento no invalida ó anula el contrato, y solamente produce el efecto de diferir el cumplimiento de la obligación hasta que desaparezcan los obstáculos que lo impiden. ¹

V

De las renunciaciones y cláusulas que pueden contener los contratos.

En el art. 1.^º de esta lección dijimos, que los preceptos de la ley, fuera de las condiciones esenciales de los contratos, tienen solo aplicación para suplir las omisiones de las partes, pues en ellos domina el principio que declara que la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos.

Pues bien, este principio ha encontrado la debida sanción en el art. 1,427 del Código Civil, que declara, que los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran á requisitos esenciales del contrato, ó sean consecuencia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas aunque no se expresen, á no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por el derecho. ²

Según este precepto, la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos, que pueden poner en ellos las cláusulas que estimen convenientes; y la ley sólo viene en su auxilio para llenar los requisitos esenciales del contrato, según su naturaleza especial, ó los que se derivan de ella, dejándoles facultad para renunciar éstas, si así conviene á sus intereses.

¹ Demolombe, tomo XXIV, núm. 319; Toullier, tomo VI, núm. 283,

² Art. 1,310, Código civil de 1884.

Por ejemplo; el precio y la cosa son requisitos esenciales de la compra-venta, y sin ellos no puede existir el contrato, pero la evicción es una circunstancia natural que puede ser renunciada por el comprador, sin que por tal motivo deje de existir ó se anule el contrato.

En una palabra, los contratantes pueden establecer las condiciones y cláusulas y renunciaciones que estimen convenientes en los contratos, sin más limitaciones que el respeto á la moral y las buenas costumbres y la observancia de los requisitos esenciales que exige la ley para la validez de cada uno de ellos, según su naturaleza especial.

Pero como es de suponerse, la facultad que los contrayentes tienen de renunciar las circunstancias naturales de los contratos, reglamentadas por la ley, y los beneficios que esta ley otorga, no es de tal manera absoluta que no esté subordinada á reglas de ninguna especie; y antes por el contrario, el Código establece varios preceptos encaminados á este fin, de los cuales nos vamos á ocupar,

El art. 1,424 declara que las renunciaciones que legalmente pueden hacer los contrayentes, no producen efecto alguno, si no se expresan en términos claros y precisos, y citándose la ley cuyo beneficio se renuncia; y tiene por objeto evitar á los interesados los notorios perjuicios que se les siguen de las renunciaciones de las garantías y privilegios que las leyes les conceden. ¹

“La vaguedad de las renunciaciones, dice la Exposición de motivos, es también fuente de graves abusos; porque en consecuencia de ella suele hacerse extensiva la renuncia á casos no previstos por los interesados.” Por tal motivo declara el art. 1,425 del Código, que las renunciaciones legalmente hechas, no pueden extenderse á otros casos que á aquellos que estén comprendidos en la disposición renunciada. ²

Finalmente: también declara el Código que la renuncia

¹ Art. 1,307, Código civil de 1884.

² Art. 1,308, Código Civil de 1884.

que estuviere prohibida por la ley, se debe tener por no puesta. (Art. 1,426.) ¹

Esta declaración es una inútil repetición de los preceptos contenidos en los artículos 6 y 7 del mismo Código, según los cuales no tiene eficacia alguna la renuncia en general, ni la especial de las leyes prohibitivas ó de interés público; y los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, son nulas, ²

Es muy frecuente que, para dar mayor eficacia á la obligación, y previendo el caso de falta de cumplimiento del contrato, agreguen los contrayentes una cláusula conviniendo en una prestación como pena, la cual produce ciertos efectos jurídicos, que están perfectamente previstos y regidos por la ley.

Tal cláusula, que es conocida con el nombre de *penal*, es aquella por la cual se obligan los contrayentes á cierta prestación como pena del no cumplimiento del contrato, cuya obligación es perfectamente válida, supuesto que, como hemos dicho, la voluntad de los interesados es la suprema ley de los contratos; y tiene por objeto compensar los daños y perjuicios que se le siguen al acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación. (Art. 1,428, Código Civil.) ³

La definición que precede nos hace conocer perfectamente cuál es el carácter y el objeto de la cláusula penal, pues de ella se deduce que es una obligación accesoria que garantiza á la principal mediante una sanción, que fija desde antes, por convenio entre los interesados, el monto de los daños y perjuicios que se debe pagar al acreedor en el caso de falta de cumplimiento del contrato.

Tiene pues, por objeto garantizar el cumplimiento de éste, y fijar de antemano el importe de los daños y perjuicios, á fin de evitar la dificultad de la prueba de ellos en el juicio

¹ Art. 1,309, Código Civil de 1884.

² Artículos 6 y 7, Código Civil de 1884.

³ Art. 1,311, Código civil de 1884.

respectivo, difícil de suyo y que deja mucho á la apreciación personal del juez ó de los peritos, cuyo dictámen tiene que consultar, sustituyendo una cantidad indeterminada por otra determinada.

Esta es la razón por la cual prohíbe la ley, que habiéndose estipulado una prestación como pena del no cumplimiento del contrato, haya lugar á la reclamación por daños y perjuicios. (art. 1,428, Cód. Civ.) ¹

De la naturaleza misma de la cláusula penal, se infiere que también sirve para determinar los daños y perjuicios que se le originen al acreedor por el retardo ó mora en el cumplimiento de la obligación, supuesto que esta circunstancia no es bajo cierto aspecto, más que la falta del cumplimiento del contrato.

Por esto distinguen los autores dos especies de daños y perjuicios, unos provenientes de la falta de cumplimiento del contrato, que se llaman *compensatorios*, y otros del retardo en el cumplimiento del contrato, que llaman *moratorios*.

Como hemos dicho antes, la cláusula penal constituye una obligación accesoria y secundaria, que supone necesariamente la existencia de una principal; á la que está subordinada y cuya ejecución garantiza, y este carácter esencialmente distinto de ella sirve de fundamento para conocer las reglas de la ley que rigen su naturaleza.

De este principio se deriva el precepto que declara que la nulidad del contrato importa la de la cláusula penal, pero que la de ésta no importa la de aquél; pues no pudiendo existir lo accesorio sin lo principal, es evidente que la nulidad de la obligación debe producir la de la cláusula penal. (art. 1,427, Cód. Civ.) ²

Por el contrario, como lo principal no necesita para su existencia de lo accesorio, es fuera de toda duda que la nu-

¹ Artículo 1,311, Código Civil de 1884.

² Artículo 1,310, Código Civil de 1884.

lidad de la cláusula penal no puede producir la de la obligación principal; pues en tal caso sólo produce el efecto de que se le tenga por no puesta, quedando el deudor sujeto á las reglas que las leyes prescriben para el pago de los daños y perjuicios por el retardo ó falta de cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, los jurisconsultos franceses han establecido, fundados en los preceptos del derecho Romano, las siguientes excepciones al principio á que aludimos; declarando que subsiste la cláusula penal á pesar de la nulidad de la obligación principal: ¹

1.^o Cuando la nulidad de ésta se funda en la falta de interés del acreedor; porque entonces la cláusula penal purga el vicio de que aquella está afectada haciendo nacer el interés, de manera que la obligación accesoria, por excepción de las reglas ordinarias, da vida á la principal, lejos de recibirla de ella.

Y ponen por ejemplo el caso de que un individuo contratara con otro en provecho de un tercero á quien no representa legalmente, agregando la cláusula penal en el contrato; pues en tal caso es nulo éste porque el deudor puede faltar á él impunemente respecto del tercero, que carece de acción para pretender la indemnización de daños y perjuicios, y sin embargo, la cláusula penal le purga de este vicio, impidiendo que el deudor falte á sus compromisos.

La razón en que se funda esta excepción es fácil de comprender, porque en el caso á que se refiere, la cláusula penal no es accesoria de la obligación, pues siéndolo, adolecería como ésta del vicio de nulidad, sino principal, aunque bajo condición, cuya existencia depende de la falta de cumplimiento del contrato. O lo que es lo mismo, una obligación

¹ Mourloa, tomo II, núm. 1,303; Aubry y Rau tomo IV, pág. 113; Pothier, De obligations» núms 339 v 340; Delvincourt, tomo II, pág. 518; Toullier, tomo VI, núm 814; Duranton, tomo XI, núm. 330; Demolombe, tomo XXV, núms. 641 y 642; Larombière, tomo III, artículo 1,227, núm. 6; Colmet de Sauterre, tomo V, núm. 33, bis, I; Merlin, Répertoire, v.º Peine contractuelle.

útil no se vicia, sólo por el hecho de que se encuentre unida á una inútil. (Ley 1, párrafo 5, título 1, libro 45, D.)

Esta excepción no puede tener aplicación entre nosotros, porque desde que se promulgó la famosa ley 1^a, título 1^o, libro X de la Novísima Recopilación, que declaró que toda obligación sería y deliberada hecha entre presentes ó ausentes tiene fuerza obligatoria, cualesquiera que sean las formas que se empleen, quedaron derogados los principios que la fundan, según la opinión de respetables autores, sancionada por la jurisprudencia de los tribunales. Y el artículo 1,392 del Código ha sancionado el principio que estableció aquella ley.¹

2^a Cuando la nulidad de la obligación da lugar al pago de los daños y perjuicios.

Por ejemplo, en la venta de cosa ajena que es nula; pero que da derecho al comprador de exigir del vendedor el pago de los daños y perjuicios.

Todos los juristas tienen particular cuidado en enseñar las diferencias que existen entre las obligaciones con cláusula penal y las alternativas, facultativas y condicionales, con las que tiene cierta semejanza; y nosotros siguiendo su ejemplo, vamos á marcar esas importantes diferencias que las distinguen.

En la obligación alternativa, el deudor está obligado á prestar con el carácter de principal, de dos cosas una, ó de dos hechos uno, según su voluntad; de manera que si una de las cosas peca por caso fortuito subsiste la obligación sobre la otra. Esto es, el deudor queda obligado á entregar la cosa que no pereció.

Por el contrario, en la obligación con cláusula penal, se debe una sola cosa con el carácter de principal y otra subsidiariamente, que sólo es exigible en el caso de falta de

¹ Pichardo, super Inst. De inut. stip. párrafo 4, número 22; Acevedo, in leg. 2, título 16, libro 5, Recop. número 41; Ayllón, ad Gómez, tomo II, Var. res., número 24; Gregorio López, in leg. 11, título 11, Partida 5^a. Ceballos, quaest. 646, y otros.

cumplimiento de la obligación, que garantiza, por cuyo motivo si peca fortuitamente la cosa objeto de ella, se extingue la penal accesoria.

La obligación facultativa, que es aquella que tiene una ó muchas cosas por objeto, con facultad para el deudor de dar en pago una cantidad de dinero ú otra cosa en lugar de la que ó las que debe, sin que tal cosa ó tal cantidad se hayan convenido en la obligación, difiere esencialmente de las obligaciones alternativas y con cláusula penal.

En efecto: el carácter distintivo de la obligación facultativa, consiste en que el acreedor tiene derecho solamente á una cosa, y si el deudor puede librarse entregando otra, es en virtud sólo de la facultad de pago, *in facultate solutionis*, como dicen los juristas.

Como en la obligación facultativa se debe una sola cosa, es evidente que el acreedor no tiene el derecho de elección como puede tenerlo en la alternativa, y en consecuencia, si peca la cosa objeto de la obligación, se extingue ésta, sin que el deudor pueda ser compelido á entregar aquella, con la cual podía sustituirla.

Finalmente, se diferencia también de la obligación alternativa, en que la acción que produce no está en suspenso como la que engendra ésta mientras se hace la elección entre las cosas debidas, sino que está determinada por la cosa misma, objeto de la obligación.

Puede servirnos de ejemplo de una obligación facultativa el caso del saneamiento de la cosa vendida por defectos ó gravámenes ocultos, que impone al vendedor la obligación de restituir el precio que recibió y el importe de los gastos que por el contrato hubiere erogado el comprador, recibiendo su cosa, ó á devolver una parte proporcionada del precio, á juicio de peritos (artículo 3,606, Código Civil).¹

¹ Artículo 2,875, Código Civil de 1,884