

Se distingue la obligación facultativa de aquella que lleva cláusula penal, en que por ella tiene el deudor facultad de entregar al acreedor otra cosa distinta de aquella que constituye el objeto del contrato; mientras que en la obligación con cláusula penal no puede eximirse el deudor de cumplirla, ofreciendo al acreedor el importe de la pena, pues éste tiene siempre el derecho de exigirle el cumplimiento del contrato.

Finalmente: se diferencia la obligación con condición potestativa de la obligación con la cláusula penal, en que, en la primera, depende de la voluntad del deudor el verificativo de la condición, y por consiguiente la existencia de la misma obligación, mientras que la segunda no depende de la voluntad del deudor.

Además, se distingue la cláusula penal en que siempre y necesariamente está precedida de una obligación principal, que subsiste por sí misma, independientemente de dicha cláusula que forma un nuevo vínculo, pero no una condición esencial para la existencia de aquella obligación.

Por el contrario; las obligaciones condicionales no comienzan realmente su existencia sino hasta el verificativo de la condición, del acontecimiento incierto del cual depende.

En pocas palabras, en los contratos con cláusula penal existen dos obligaciones distintas, una principal y otra accesoria, mientras que en los condicionales no hay más que una.¹

La ley que ha querido garantizar el cumplimiento de los contratos mediante la adición de la cláusula penal, no permite que ésta se convierta en el origen de un injusto gravamen, y por lo mismo, le fijó un límite prudente, declarando, que la cláusula penal no puede exceder en valor ni en cuantía á la obligación principal. (art. 1,430, Cód. Civ.)²

¹ Toullier, tomo VI, núm. 804; Merlin, Quert. v.º Aïnesse. 12; Rolland Villargues Repertoire, v.º. Clause pénale, párr. 3, núm. 47; Cujas in leg. 115, lib. 44 tít. 7. D.

² Art. 1,313, Código Civil de 1,884.

La Exposición de motivos del Código Civil da las siguientes razones como fundamento de esa justa tasa de la cláusula penal:

1.º El objeto esencial de la pena es indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que se le sigan de la falta de cumplimiento de la obligación; el cual se consigue dándole por tasa el mismo valor ó interés de la obligación principal:

2.º Si la pena puede exceder del interés de la obligación principal, se halaga con un incentivo muy poderoso al acreedor para que ponga obstáculos al cumplimiento ó cuando menos para ser moroso en exigirlo, pues que en uno y en otro caso puede obtener no sólo una indemnización justa, sino también una ganancia considerable:

3.º Los deudores aceptan muchas veces obligados por la necesidad, la imposición de penas excesivas; y no pudiendo cumplir la obligación principal, menos pueden aún librarse de la pena; de donde resulta que ésta es ó un pacto estéril si no se cumple ó un gravamen realmente insoportable, si se lleva á cabo.

El acreedor conserva, no obstante la cláusula penal, los mismos derechos que tendría sin ella para pedir y obtener el cumplimiento del contrato; pues de otra manera se convertiría esa cláusula para el deudor en un medio de eludir el cumplimiento de la obligación, y su falta en un derecho; lo cual es absurdo é inmoral.

Por tal motivo, el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación ó el de la pena, pero no ambos. (art. 1,433, Cód. Civ.)¹

Pero como esta prohibición no es de derecho público, y por lo mismo, está en el arbitrio de los contrayentes estipular otra cosa; y tal estipulación es perfectamente válida, pues la autoriza el art. 1,433 del Código, como una excepción de la regla que contiene.

¹ Artículo 1,316, Código Civil de 1884.

La razón es perfectamente perceptible, porque la pena se estipula por la falta de cumplimiento del contrato, y si se permitiera al acreedor exigir la ejecución de la obligación y la pena á la vez, se le autorizaría para pedir dos veces la misma cosa, supuesto que la pena es el equivalente del cumplimiento del contrato.

Pero cuando se conviene que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación y la pena, ésta no tiene por objeto fijar un equivalente de aquél para sustituirlo, sino compensar los perjuicios que sufre el acreedor por la mora del deudor, y por tanto, se debe satisfacer sin perjuicio del cumplimiento del contrato.

Por la misma razón, si el deudor cumple en parte la obligación, se debe modificar proporcionalmente la pena; pues, como hemos dicho, ésta se estipula por la falta de cumplimiento del contrato, y si se permitiera al acreedor exigir el pago íntegro de ella después de que el deudor ha cumplido en parte la obligación, se le autorizaría para pedir dos veces la misma cosa, supuesto que la pena es el equivalente del cumplimiento del contrato. (Art. 1,431, Código Civil.)¹

Pero si la pena no puede reducirse de una manera exactamente proporcional, el juez tiene facultad para hacer la reducción de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación. Esto es, la ley prevee el caso en que los jueces no puedan establecer una exacta proporción entre la parte no ejecutada de la obligación y la pena, y quiere que en todo caso pague el deudor sólo el equivalente de aquella para que no se le exija más de lo que debe.

A este fin les faculta para que, teniendo por norma la equidad, la naturaleza y demás circunstancias de la obligación, disminuyan el monto de la pena de modo que sea, en

¹ Art. 1,314, Código Civil de 1884.

cuanto fuese posible, el equivalente de la parte no ejecutada de ésta. (Art. 1,432, Código Civil.)¹

Los comentaristas del Código Francés, que sanciona el principio cuyo estudio hacemos, sostienen que la disminución de la pena sólo puede tener lugar cuando la ejecución parcial de la obligación produce provecho al acreedor que la admite voluntariamente, pero no en aquel en que no le resulta beneficio alguno.²

Y proponen para mayor claridad los siguientes ejemplos: un individuo vendió á otro una granja obligándose á entregarle dos pares de bueyes de labranza y á pagar una cantidad si falta al cumplimiento de esta obligación. El vendedor no puede obligar al comprador á recibir un sólo par de dichos animales; pero si lo recibe voluntariamente, y aquel no entrega el par restante procede la reducción de la pena. Pero no tiene lugar, por ejemplo, si un pintor se ha obligado bajo cierta pena á pintar un cuadro, cuya obra deja incompleta.

Creemos perfectamente equitativa esta teoría, y por lo mismo, que debe tener aplicación en la práctica.

Lo expuesto no quiere decir de ninguna manera que el deudor pueda obligar al acreedor á que consienta en la ejecución parcial del contrato y el pago de una parte de la pena; pues ésto sería tanto como dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de los deberes que se impuso, violando la ley del contrato y el precepto contenido en el artículo 1,639 del Código, que ordena que el pago se haga del modo que se hubiere pactado; y prohíbe que pueda hacerse parcialmente, sino en virtud de convenio expreso ó de disposición de la ley.³

¹ Art. 1,315, Código Civil de 1884.

² Pothier. Des obligations, núm. 350; Toullier, tomo VI, núm. 837; Demolombe, tomo XXVI, núm. 670; Larombière, tomo III, art. 1,232, núm. 7; Colmet de Sante-
rre, tomo V, núm. 168 bis I; Mourlon, tomo II, núm. 1,303; Rolland de Villargues,
Repertoire, vervo Clause Pénale, pár. 4, núm. 59; Baudry Lacantinerie, tomo II, nú-
mero 963.

³ Art. 1,525, Código Civil de 1884.

Las reglas que hemos establecido quedan sin aplicación y sin efecto alguno, y por lo mismo, no puede hacerse efectiva la pena, cuando el obligado á ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito ó fuerza insuperable. (Art. 1,434, Código Civil.)¹

La razón es obvia, la pena tiene por objeto garantizar el cumplimiento del contrato y fijar de antemano el importe de los daños y perjuicios cuyas veces desempeña, y por tanto, sólo puede hacerse efectiva en aquellos casos en que el deudor está obligado á la indemnización de éstos; pero como cesa esta obligación cuando la falta proviene de hecho del otro contratante, fuerza mayor ó caso fortuito, á los que no haya contribuido de ninguna manera, según lo declara el artículo 1,575 del Código, es consiguiente que en tales casos no pueda hacerse efectiva la pena.²

Esta razón se hace más tangible, por decirlo así, teniendo presente, que nadie está obligado á lo imposible, que el caso fortuito y la fuerza mayor no dependen de la voluntad del deudor; y por último, que sería una notoria injusticia exigirle la pena por la falta de cumplimiento del contrato debido á hechos del acreedor, porque sería imputarle y hacerle efectiva una responsabilidad ajena.

En las obligaciones mancomunadas con cláusula penal basta la contravención de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena; y el acreedor puede exigirla en todo caso del contraventor, ó de cualquiera de los herederos, siempre que notificados de la falta del requerido, no redima la pena cumpliendo con la obligación (arts. 1,435 y 1,436, Cód. civ.)³

Nuestro Código se separó de las legislaciones europeas al establecer tales principios, pues éstas distinguen entre las obligaciones divisibles é indivisibles con clausula penal,

¹ Art. 1,317, Código Civil de 1884.

² Artículo 1,459, Código civil de 1884.

³ Artículos 1,318, y 1,319, Código civil de 1884.

señalándole á ésta diversos efectos, según la naturaleza de aquellas.

Pero tal distinción, que se fundaba en varios preceptos del derecho Romano, fué proscrita de nuestro Código á pretexto de que daba lugar á intrincadas controversias por la contrariedad de algunos de éstos, de los cuales fué preciso alejarse omitiéndola, mediante la de las obligaciones mancomunadas y no mancomunadas, que permite una fácil explicación de sus efectos jurídicos.¹

Esta distinción permite también que se comprendan fácilmente los efectos que le atribuye la ley; pues si la mancomunidad de la obligación de los deudores les impone á cada uno por sí, el deber de prestar en su totalidad la suma ó hechomateria del contrato, es claro que la contravención de uno de ellos hace que todos incurran en la pena, porque la responsabilidad de uno es la de los demás (art. 1,506 Cód. civ.)²

Pero también se separó nuestro Código de los europeos al determinar las personas de quien se puede exigir el pago de la pena en las obligaciones mancomunadas, estableciendo que para hacer efectivo el cobro del contraventor, deben ser notificados los demás herederos, para que si alguno paga, redima la pena; pues sería inícuo que por acto ajeno y no conocido, se hiciera ésta efectiva.³

Es decir que, según el sistema adoptado por el Código Civil, aunque la contravención de uno de los deudores mancomunados da derecho al acreedor para exigir el pago de la pena del contraventor y de los demás deudores, no puede realizar su intención sino llenando el requisito esencial de

¹ Véanse las leyes, 4, pár. 1 y 5, pár. 4, tít. 1. lib. 45. D. Pothier, Des obligations núm. 359; Demolombe, tomo XXVI, núm. 707 y siguientes. Como veremos en su oportunidad, no es jurídica la razón alegada por nuestros codificadores.

² Art. 1,390, Código civil de 1884.

Este precepto contiene una reforma, que consiste en la sustitución de la palabra *suma* por la palabra *cosa*, que por su significación más amplia es más propia.

³ Exposición de motivos.

notificar á éstos, á fin de que rediman la pena, haciendo el pago.

Como consecuencia necesaria de la naturaleza de las obligaciones mancomunadas, declara el artículo 1,437 del Código, que el contraventor está obligado á indemnizar al que huere pagado, repitiendo el principio contenido en otros términos en el artículo 1,523.¹

Si la obligación no es mancomunada, rigen las mismas reglas que acabamos de exponer; pero si el acreedor hubiere admitido el pago parcial de la deuda ú obligación de parte de alguno de los coherederos, debe descontarla de la pena, aun cuando la exija del contraventor (artículo 1,438, Código Civil).²

Como se vé, esta determinación de la ley no es más que la reproducción de los principios, cuyo desarrollo hemos procurado.

Con el temor que constantemente nos domina, conociendo nuestra insuficiencia, nos atrevemos á manifestar, que á nuestro juicio adolece la distinción á que hemos aludido, de oscuridad y falta de desarrollo, cuyas circunstancias pueden ser el origen fecundo de cuestiones intrincadas y de difícil solución.

VI

De la forma externa de los contratos.

“El requisito de mayor importancia para los romanos, dice Gutiérrez Fernández, es entre nosotros el de ménos interés, aludimos á la parte externa de las obligaciones, su forma, su solemnidad.”

¹ Artículos 1,320, y 1,407, Código Civil de 1,884

² Artículo 1,321, Código Civil de 1,884.

“La ley recopilada suprimió todos los accidentes, declarando válida, sin más que ser cierta toda obligación. Acaso por su misma facilidad ocasionada á no pocos abusos, la ley ha necesitado buscar la seguridad de ciertos contratos en formas determinadas, y si ella no, los particulares las han establecido con objeto de señalar á su voluntad límites precisos. No; no vale toda obligación, ó por lo menos no es perfecta, contraída de cualquier modo, cuando deba reunir solemnidades especiales, ó por declaración de la ley ó por voluntad de los contrayentes.”¹

Hemos invocado los principios que sostiene Gutiérrez Fernández, porque son los mismos que han regido entre nosotros bajo el imperio de la legislación antigua, y los que sanciona el Código Civil.

En efecto, reproduciendo el artículo 1,392, el principio sancionado por la ley 1^a, título 1^o, libro X de la Novísima Recopilación, según el cual los contratos se perfeccionan sólo por consentimiento, es evidente que la validez de ellos no depende de ninguna forma ó solemnidad externa. Sin embargo, siguiendo los principios á que hemos aludido, establece una excepción, á fin de asegurar mejor los derechos de los contrayentes en cierta clase de contratos.²

Por eso es que el artículo 1,439 declara que la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa, ménos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa.³

Varias excepciones de la regla contenida en el precepto que antecede, señala el Código Civil, de los cuales mencionaremos algunas.

Así, por ejemplo, el contrato de compra-venta de inmuebles exige para su validez que se haga constar en instrumento privado, si su valor no excede de quinientos pesos; y que

¹ Tomo IV, página 51.

² Artículo 1,276, Código Civil de 1884. Véase la nota 1^a, pág. 14.

³ Artículo 1,323, Código Civil de 1,884.