

cuando la ley no permite condenarlo por el todo si no es por el beneficio de su recurso; si lo pierde por culpa del acreedor, es justo que este sufra las consecuencias. Este punto es controvertido sin embargo. (1)

*SECCION VII.—De las obligaciones con cláusula penal.*

§ 1º 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.

cumplimiento de la obligación que el concesionario contrajo de procurar á los cedentes un tributo fijo por año. (1) Esto no es dudoso, puesto que daños y perjuicios convencionales 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 establecen una pena para la parte condenada. El art. 2,263 dice que después de veintiocho años de la fecha del último título, el deudor de una renta puede ser estrechado á hacer á sus expensas un título nuevo á su acreedor ó á sus causahabientes. ¿Cómo asegurar el cumplimiento de esta obligación legal? Se juzgó que á falta de que los deudores proporcionaran un título nuevo en el plazo prescripto por el fallo, el acreedor tendría derecho de demandar el reembolso 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 deudores 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 obstinan en no cumplirlo, no queda más que resolver el contrato; (3) por mejor decir, los deudores mismos lo rompen. Diremos en el título "De las Rentas" en qué caso puede ser 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 (*Dalloz*, 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 (*Pasicrisia*, 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 fácil 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, 23 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 daño 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 (*Pasicrisia*, 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 artículo

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. 308.

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; unica-

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).