

principales. La obligación alternativa es distinta porque no comprende dos obligaciones, no es sino una sola comprendiendo dos cosas bajo una alternativa y quedando á elección del deudor ó del acreedor determinar cual de las dos cosas debe pagarse, mas nunca se pagarán las dos, mientras que es posible que la pena y la obligación principal se deban al mismo tiempo (art. 1,229). La pena se debe condicionalmente, mientras que, en la obligación alternativa no hay nada de condicional, solamente es determinado el objeto, en tanto que la elección no se hace. En la obligación penal, hay una obligación accesoria, la de la pena que recae si la obligación principal se extingue por la pérdida de la cosa debida. En la obligación alternativa se deben dos cosas bajo el mismo título; si una se pierde queda la otra. (1)

433. La obligación facultativa se parece igualmente á la penal. "Os doy una casa con la facultad de descargarme pagando 50,000 francos." Hé aquí una obligación facultativa. "Os doy una casa y si no la entrego, os pagaré 50,000 francos." El derecho del acreedor parece el mismo en una y en otra obligación, porque tiene derecho á una casa ó á 50,000 francos. Mas no es igual porque en la obligación facultativa no puede demandar los 50,000 francos pues es el deudor quien se reservó la facultad de pagarlos y esta facultad no dá ningún derecho al acreedor, solo puede demandar la casa. En la obligación penal la suma de 50,000 francos se debe condicionalmente y el acreedor tiene derecho si el deudor no entrega la casa. Lo que caracteriza la obligación facultativa es que el deudor puede librarse pagando 50,000 francos. En la obligación penal el deudor no tiene derecho de ofrecer al acreedor los 50,000 francos que estipuló á título de pena, porque el acreedor

1 Durantón, t. XI, pág. 444, núm. 324. Toullier, t. III, 2, pági-
na 496, núm. 303. Colmet de Santerre, t. V, pág. 288, núm. 162 bis, 2^o

tiene derecho al cumplimiento de la obligación principal y puede demandar su cumplimiento por fuerza aun en el caso en que se ha incurrido en la pena. También puede tener derecho á la cosa principal y á la pena; (art. 1,229) mientras que el acreedor de una obligación facultativa jamás puede reclamar más que lo que es objeto de la obligación y no tiene derecho de demandar lo que el deudor se reservó la facultad de pagar (1)

§ II.—CUANDO SE INCURRE EN LA PENA?

434. El art. 1,230 dice: "Que la obligación principal contenga ó no un término en el cual deba ser cumplida, no se incurre en la pena sino cuando el que se obligó á entregar, á tomar ó á hacer, está en mora." Los autores marcan que la expresión "obligación de tomar" se encuentra por primera vez en el art. 1,230, y que la ley entiende por esto la obligación de "recibir la cosa." En caso de venta, el vendedor estipula algunas veces, que el comprador retire la cosa en determinado plazo porque tiene interés en que los lugares sean desocupados. El art. 1,657 prefiere esta cláusula y agrega un efecto muy importante, y es que la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en provecho del vendedor después de la expiración del término convenido para "retirar la cosa." A lo que el artículo 1,657 llama "obligación de recibir," el art. 1,230 llama "obligación de tomar." El vendedor puede estipular una pena para el caso en que el comprador no se lleve la cosa. Es inútil decirlo, puesto que la obligación de recibir la cosa es una variedad de la obligación de hacer. (2)

435. El art. 1,230 establece el principio de que se incurre en la pena por la constitución en mora del deudor. Es-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 289, núm. 162 bis, II.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 295, núm. 167 bis, II.

to es la aplicación del art. 1,146, en cuyos términos los daños y perjuicios no se deben sino cuando el deudor está en mora de cumplir su obligación. En efecto, la pena tiene lugar á daños y perjuicios, á los cuales el acreedor tiene derecho en caso de falta de cumplimiento de la obligación principal, porque los principios que rigen los daños y perjuicios se aplican á la pena. Volveremos á tratar de lo que se ha dicho en otra parte sobre el art. 1,146.

436. ¿Cuándo está en mora el deudor? Sobre este punto es preciso aplicar los principios generales, puesto que la ley no deroga nada. Esto resulta, por otra parte, del texto del art. 1,230, que dice "que la obligación primitiva contenga ó nó un término en el cual deba ser cumplida." Esta parte del artículo deroga el derecho romano. Cuando el convenio contiene un término en el cual el deudor debe dar ó hacer lo que convino, la pena es debida de pleno derecho luego que el término se vence, sin que haya necesidad de una demanda, diciendo, en este caso, que el vencimiento del término sirve de demanda. Cuando no se estipula ningún término, se necesita una demanda del acreedor para hacer incurrir en la pena. Estos principios no se siguen en el antiguo derecho. "Según nuestros usos, dice Pothier, si la obligación primitiva contiene ó nó un término en el cual debe cumplirse, se necesita ordinariamente una demanda judicial para constituir en mora al deudor y para dar principio á la pena." (1) El Código reprodujo esta doctrina casi textualmente en el art. 1,230, siendo esta la aplicación de los principios generales sobre la demora. Según el art. 1,139, el deudor no es constituido en mora por solo el vencimiento del término, se necesita una cláusula especial que lo exprese y no habría necesidad de demanda. En definitiva, el art. 1,230 no es más que una

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 349. Bigot-Préameneu, *Exposición de motivos*, núm. 108 (Loché, t. VI, pág. 167).

aplicación de los principios generales que en nuestro derecho rigen la demora.

Es preciso, pues, estipular por los principios generales, porque se encuentra un vacío en el art. 1,230, que no habla más que de la obligación de entregar y de hacer, sin decir nada de la obligación de no hacer. El art. 1,145 previene el caso y dispone que si la obligación de no hacer, el que contraviene debe daños y perjuicios por solo ese hecho; si se estipula una pena, el deudor la debe por solo que haya lo que se obligó á no hacer, dando lugar por esto á daños y perjuicios.

437. La jurisprudencia es algo vacilante; algunas veces parece que admite las derogaciones al principio establecido por el art. 1,230, y en ese caso no hace más que aplicar principios generales sobre la demora que este artículo sostiene. La Corte de Casación juzgó que la necesidad de la constitución en mora cesa con respecto á la parte que se niega á cumplir su obligación. En el caso hay resistencia expresa en cumplir las obligaciones contraídas en el convenio, habiendo, pues, una constancia de la demora por parte del deudor mismo, porque su reconocimiento equivale á un requerimiento, y su resistencia expresa es una evidencia de la falta de cumplimiento, pudiéndosele imputar, puesto que declaró no querer cumplir su obligación. Así, pues, la Corte de Casación debía haber fundado su decisión sobre el art. 1,139. (1) Un contrato de empresa de porque en el caso, el deudor había roto su obligación. cía que los trabajos debían terminarse, á más tardar el 1.º de Agosto de 1853, sometándose al empresario á una pena por cada día de retardo.

1 Denegada casación, 23 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 420). Compárese denegada casación, 28 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 387). La Corte dijo que el art. 1,230 no tiene apelación en caso en que el acreedor se queje, no del retardo en el cumplimiento,

Los trabajos no están terminados, pero el empresario sostiene que el retardo proviene de la culpa del acreedor que no ha puesto los terrenos á su disposición. Es cierto que el acreedor no puede quejarse de que los trabajos no han continuado, cuando él mismo ha puesto al deudor en la imposibilidad de continuarlos. La demora supone un hecho imputable al deudor; y, en el caso, no fué el deudor el que estuvo en mora, fué el acreedor. De ahí, una nueva dificultad. El empresario reclamó daños y perjuicios: ¿tuvo derecho sin haber puesto en mora al acreedor? El que no entrega los terrenos necesarios para los trabajos, está en mora por el solo hecho de no entregar los terrenos; este es el caso de aplicar el art. 1,146: antes de ser terminados los trabajos en un plazo fijo, debían ponerse á la disposición del empresario, en el mismo plazo, los terrenos, y por tanto, hubo demora por el solo hecho de no haber entregado los terrenos en el plazo útil. (1)

Se ha juzgado que la puesta en mora puede resultar de la correspondencia de las partes contratantes. (2) Esto no es más que la aplicación del art. 1,139; el deudor está constituido en mora por un requerimiento, ó, dice la ley, por otro acto equivalente. Un reconocimiento emanado del deudor, basta para constituir su demora, y este reconocimiento puede resultar de las cartas que las partes han cambiado.

438. ¿Hay casos en que la pena no se debe, aunque se haya incurrido según la letra del contrato? Expuesta en estos términos absolutos la cuestión, debería ser decidida negativamente. Los contratos tienen lugar de ley entre los

sino de la imposibilidad de cumplir. Es esto muy controvertible.

1 Lieja, 16 de Abril de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 146).

2 Fallo del tribunal de Namur, 3 de Abril de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 3, 144).

que los han hecho (art. 1,134); resulta que el juez no puede dispensarse de aplicar la pena. Siempre hay sentencias que parecen concebidas en sentido contrario. Importa establecer los verdaderos motivos de decidir, porque en esta materia, más que en cualquiera otra, los jueces están dispuestos á juzgar según la equidad, lo que casi siempre llega á violar la ley del contrato. Un mandato dice que el mandante pagará una pena ó una multa al mandatario en caso de revocación. ¿Se incurrirá en la pena si la revocación es motivada por el abuso que el mandatario ha hecho de sus poderes? Se trató de un mandato dado para vender bienes y percibir el precio. El mandatario percibió diversas entregas de sumas que formaron los precios dados en los actos de venta, y ensayó aprovechar estos precios suplementarios. Fué por razón de este abuso justificado por lo que el mandato fué revocado. El mandatario reclamó la pena. Estuvo de su parte la letra del contrato, pero ciertamente la intención de las partes contratantes fué contraria. Estas habían querido indemnizar al mandatario de la pérdida que sufriera por una revocación arbitraria del mandato. Pero el mandante revocó el mandato por las causas más graves: ¿El mandatario pudo reclamar una pena, es decir, daños y perjuicios por haber probado robar al mandante con abusos de confianza parecidos á un robo? (1)

439. ¿La fuerza mayor libra al deudor de la pena? Cuando la fuerza mayor sobreviene después que el deudor se ha constituido en mora, es él el que responde del caso fortuito. Este es uno de los efectos de la demora. (art. 1,302)

Se dijo en un contrato de empresa, que el empresario estaría obligado á una pena en caso de retardo en la entrega. Se incurrió en la pena, pero mientras esta corría, so-

1 Burdeos, 14 de Febrero de 1840 (Daloz, palabra *Mandato*, número 445, II).

brevino un caso de fuerza mayor que impidió al empresario continuar sus trabajos. La Corte de apelación decidió que el empresario estaría obligado á la pena incurrida por el retardo, pero que la pena había dejado de ser debida tanto como duró la fuerza mayor, puesto que el retardo no fué ya imputable al deudor. Demanda en casación. El demandante pretendió que la Corte de Nimes había librado al empresario de su obligación por razón de hechos de fuerza mayor acaecidos después de constituirse en mora. Nó, dijo la Corte de Casación; la sentencia atacada no ha hecho más que interpretar el contrato que intervino entre las partes. Decir que el empresario está obligado á la pena de un tanto por cada día, supone que el retardo le es imputable; pero cuando el obstáculo proviene de un caso de fuerza mayor, no es posible ya decir que el deudor esté en mora; no es él el que causa el daño, es el caso fortuito. (1) Nosotros dudamos que esta decisión sea conforme á los principios sobre los efectos de la demora. ¿Por qué soporta el deudor el riesgo cuando está en mora? Se supone que si hubiese cumplido su obligación en el plazo prescripto, el caso fortuito no hubiera sobrevenido. Tal es la posición del empresario que no entrega las obras en el plazo convenido; pues si las hubiese entregado, evidentemente habría estado al abrigo del caso fortuito; es culpable por no haber trabajado cuando pudo hacerlo, y el caso fortuito no puede excusarle porque este caso fortuito no le perjudica sino porque no ha trabajado en tiempo útil.

440. Otra es la cuestión de saber si el deudor puede invocar el caso fortuito que le ha impedido cumplir sus obligaciones. Nosotros creemos que el deudor no incurre en la pena cuando la falta de cumplimiento del contrato no le es imputable. Cuando se trata de daños y perjuicios

1 Denegada casación, Sala Civil, 29 de Junio de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 288).

pronunciados por el juez, hay un texto formal; el deudor no es condenado al pago de daños y perjuicios por razón de la falta de cumplimiento de la obligación, ó por razón del retardo en el cumplimiento cuando justifica que la falta de cumplimiento proviene de una causa extraña que no puede imputársele (art. 1,147). No hay excepción á este principio elemental sino cuando el deudor por una cláusula formal, es cargado con el caso fortuito. Debe aplicarse el mismo principio á la cláusula penal, porque la pena equivale á los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1,229), y, por tanto, no puede haber pena por un hecho que no es imputable al deudor.

En una venta se estipula que el comprador pagará su precio por tercios de año en año, bajo pena de ser obligado por el total, á falta del pago del primer ó del segundo abono; agregando que esta cláusula es de rigor y no cominatoria. El primer plazo vencido el 13 de Enero de 1814 no fué pagado; ¿se incurrió en la pena? Esto no fué dudoso según el contrato; pero el comprador invocó las circunstancias excepcionales, el que se encontró por la invasión de Francia, el bloqueo de Strasburgo y las pérdidas que sufrió; demandó, en consecuencia, un plazo de gracia en virtud del art. 1,244. La Corte de Colmar acogió esta demanda. (1) En derecho, la decisión nos parece justa. ¿Los acontecimientos de la guerra constituyen un caso de fuerza mayor? Esta es una cuestión de hecho que queda á la apreciación del juez.

441. El contrato que establece una pena puede tener efecto; esto, sin decir que en este caso no puede ya tratarse de aplicar la pena. Un notario conviene con otro en tener el gabinete de este último, bajo cláusula penal contra el

1 Colmar, 10 de Noviembre de 1815 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,616).

que rescindiera el contrato. En el primer cambio de domicilio, uno se niega á seguir al otro y demanda la nulidad del contrato con daños y perjuicios; el demandado reclama el pago de la pena. La Corte, fundándose en las circunstancias de la causa, decidió que el contrato fué rescindido por el concurso de consentimientos de las partes contratantes. Sobre la demanda en casación, intervino una sentencia de denegada casación. Habiendo decidido el juez del hecho, que el contrato fué rescindido por el consentimiento de las partes, no hubo lugar á dar efecto á la cláusula penal. (1)

442. El que tiene derecho á la pena, puede renunciarla; esto no es dudoso. Las cuestiones de renuncia suscitan siempre una dificultad de hecho. Las renunciaciones son de estricta interpretación; tal es el principio, y, por tanto, el juez debe sostener la cláusula penal y restringir la renuncia al hecho que el deudor invoca para ser descargado de la pena en que ha incurrido en virtud del contrato. El empresario de un servicio de diligencias, vende su empresa reservándose exclusivamente el transporte del dinero y del comercio de banco que se hacía entre Marsella y Tolón. El cesionario se obligó á no hacer este género de transporte, bajo pena de 10,000 francos de daños y perjuicios. No obstante, el vendedor traspasó al comprador un contrato que había hecho con el receptor general del departamento para el transporte de especies provenientes de la recaudación, y durante cinco años el cesionario cumplió este contrato por su propia cuenta sin reclamación del cedente. Después de este largo plazo, demandó el vendedor la aplicación de la cláusula penal. La Corte de Aix juzgó que hubo renuncia al beneficio de la cláusula penal. Sobre la demanda en casación, fué sostenida la decisión en el sen-

1 Denegada casación, 10 de Noviembre de 1815 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,616).

tido de que la cláusula penal subsistió, pero el acreedor no pudo invocarla por un hecho de contravención que no solamente toleró, sino al cual dió consentimiento, puesto que traspasó al empresario de transportes su contrato con el receptor general para que él lo cumpliera: hubo renuncia parcial por el hecho consumado. (1)

§ III.—DERECHOS DEL ACREEDOR.

Núm. 1. Principio.

443. Cuando se incurre en la pena, el acreedor puede reclamar el pago: ¿pero es este su único derecho? Pothier expone, en principio, que la cláusula penal en nada modifica los derechos que el acreedor tiene por el contrato; y además tiene un derecho, el de exigir el pago de la pena en que el deudor ha incurrido, pues una cláusula estipulada en provecho, no puede, ciertamente, disminuir los derechos del acreedor. Esto resulta del objeto mismo de la cláusula penal, tal como la ley lo formula: tiene por objeto, dice el art. 1,226, asegurar el cumplimiento del contrato; de donde debe concluirse, dice Pothier, que el objeto de los contratantes no ha sido extinguir ni resolver, por la cláusula penal, la obligación principal, ni confundirla con ésta; lo accesorio destinado á garantizar lo principal, no podría perjudicar en nada á lo principal.

444. Esto es, dice Pothier, porque aunque haya lugar á la obligación penal, por la demora en que ha estado el deudor para cumplir la obligación principal, el acreedor puede, en lugar de demandar la pena estipulada, perseguir el cumplimiento de la obligación principal. El art. 1,228 reproduce literalmente esta consecuencia. Esta es la aplicación de los principios que rigen la falta de cumplimiento de las obli-

1 Denegada casación, 10 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 61).

gaciones; el acreedor puede demandar el cumplimiento si es posible, pues este es su derecho esencial, el objeto con que ha contratado. Puede también demandar daños y perjuicios por falta de cumplimiento del contrato. La pena tiene lugar de daños y perjuicios, pero el acreedor puede renunciar y perseguir el cumplimiento de la obligación, lo que siempre es posible cuando se trata de una obligación de dar; y si el cumplimiento directo no es posible, el acreedor deberá conformarse con los daños y perjuicios; es decir, con la pena que los reemplaza. (1)

445. Síguese de esto que el deudor no puede dispensarse de cumplir su obligación ofreciendo la pena; la cláusula penal que debe asegurar el cumplimiento de la obligación no puede convertirse, para el deudor, en un medio de sustraerse. Habría excepción si las partes, estipulando la pena, habían creído hacer novación, es decir, si habían extinguido la primera obligación reemplazándola por la pena. Si la intención de las partes es que el deudor, después de haber sido puesto en mora, no debe ya más que la pena convenida; esta estipulación es válida ciertamente, es una novación condicional; pero Pothier tiene razón de decir que esta no es una obligación penal, pues la pena es, en este caso, una nueva obligación, tan principal como la primera, en cuyo lugar queda. Dificilmente puede admitirse que tal sea la intención del acreedor; la novación jamás se presume, debe resultar claramente de lo que pasa entre las partes (art. 1273); en el caso, hay un motivo más para decidirlo así, y es que la pena se estipuló para asegurar el cumplimiento de la obligación principal y no para extinguirla. (2)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 341. Durantón, t. XI, pág. 455, núm. 335 y pág. 457, núm. 337.

2 Pothier, núm. 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 291, número 164, bis.

Un contrato de sociedad carbonera estipuló que las cuentas se rindieran el primer martes de cada mes, á la hora del medio día y estando el horno en actividad, debiendo encontrarse todos los socios para que después de hechas las cuentas se repartiera el beneficio entre todos si es que lo había, "ó reparar la pérdida si alguna vez sobrevenía;" Si sucede, continúa el contrato, que el día fijado uno de los socios no pueda satisfacer su cuota, será excluido á los ocho días vencidos de la cuenta rendida." ¿Cuál es el sentido de esta cláusula? En apariencia resulta á título de pena. Se juzgó, sin embargo, que no debía haber mas de una obligación penal. (1) Aplicándolo á la letra, la cláusula que había tenido por objeto garantizar los derechos de los socios, se había tornado en su perjuicio, porque la resolución de un contrato no es el medio de asegurar el cumplimiento.

446. No es esto decir que la falta de cumplimiento del contrato, que dá principio á la pena, no dá también á éste que tiene derecho á la pena el derecho de demandar la resolución del contrato. Se constituye una renta vitalicia mediante la cesión de un crédito, diciendo que, en caso en que las seguridades prometidas no se cumplieran, el acreedor de la renta podría reclamar una suma de dinero á título de daños y perjuicios; esta suma, según la escritura se fijaría como cláusula penal agregada á la falta de cumplimiento del contrato. En lugar de demandar la pena el acreedor de la renta podría demandar la resolución del contrato en virtud del art. 1,977 que está concebido así: "Aquel en cuyo provecho se constituye la renta vitalicia mediante un precio, puede demandar la rescisión del contrato si el constituyente no le dá las seguridades estipuladas para

1 Pothier, núm. 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 291, número 164 bis.