

su cumplimiento" la Corte de París rehusó pronunciar la resolución por el motivo que el acreedor de la renta, estipulando una pena por todos los daños y perjuicios, había renunciado al derecho que le dá el art. 1,977. Esta decisión fué casada, y debió serlo; pues como lo dice muy bien la Corte de Casación, la estipulación de una cláusula penal no lleva la renuncia al derecho de demandar cumplimiento ó, si hay lugar, la resolución de un contrato, porque la renuncia á un derecho no se presume, sino que debe expresarse, y la pena, lejos de disminuir los derechos del acreedor, tiende á asegurarlos; es preciso, pues, decir que el acreedor conserva todos los derechos que tiene en virtud de su contrato. (1) Esta es la aplicación de la doctrina de Pothier. (2)

447. La cláusula penal dá al acreedor el derecho de demandar la pena á título de daños y perjuicios. ¿Quiere esto decir que solo á la indemnización tiene derecho? Se podría creerlo agregándolo á la palabra "pena" que recuerda el antiguo adagio de que no hay pena sin ley penal, ni en materia civil, pena sin cláusula penal. Mas la palabra "pena" es impropia porque la compensación de daños y perjuicios que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento de la obligación, y estos daños y perjuicios son la reparación de un daño, y el acreedor tiene derecho á la reparación de todo el perjuicio que le resulte y que el daño haya hecho sin ser previsto ni valuado en el contrato. Se sigue de aquí que la estipulación de una pena no la limita á la indemnización á que el acreedor tiene derecho por los diversos perjuicios que sufre. Hay solamente esto de restrictivo en la cláusula penal, que la valuación que se hace del daño que resulta al acreedor del hecho previsto no puede extenderse á otra clase de daño que no haya si-

1 Casación, 2 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 443).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 343.

do previsto. Esta interpretación restrictiva resulta, no del carácter penal de la cláusula, sino de los principios elementales que rigen los contratos, porque estos son leyes solamente en cuanto al objeto sobre el cual se hacen; la pena no prevée más que tal causa de daño, y no es debida sino por ese daño; no lo es por otra causa que las partes no hayan previsto. ¿Es decir que el acreedor no tiene derecho á ninguna indemnización si siendo otro el daño previsto, resulta otro daño no previsto? Su derecho es inalterable, mas los daños y perjuicios serán demandados y pronunciados según el derecho común, es decir, por fallo.

448. La Corte de Casación hizo aplicación de este principio en el siguiente caso. El propietario de una casa prometió á una persona arrendarle un departamento á la primera solicitud, con pena de 5 francos de daños y perjuicios por cada día de retardo. No cumplió su promesa, de donde vino la acción de realizar el arrendamiento ó de pagar los 5 francos diarios de daños y perjuicios durante el tiempo que el arrendamiento debía durar en virtud del contrato. La Corte aprobó una suma fija á título de daños y perjuicios por falta de cumplimiento del contrato. Providenció en casación por violación del art. 1,134, que ordena á las Cortes respetar los convenios y cumplirlos, mientras que la Corte había reemplazado los daños y perjuicios convencionales por otros daños y perjuicios. La Corte de Casación explica y justifica muy bien la decisión de la Corte de Douai. El deudor puede contravenir á su obligación no cumpliéndola ó retardando su cumplimiento. Para el caso de retardo, como para el de falta de cumplimiento, las partes pueden, por una cláusula expresa y á título de pena, fijar la suma de los daños y perjuicios que será debida al acreedor. Si la estipulación tiene por mira el simple retardo y se hace sobre la falta de cumplimiento ó recíprocamente, el perjuicio que resulta de alguna de las dos cau-



sas que no haya sido prevista ni reglamentada por el convenio, pertenece al juez apreciar y arbitrar la suma de los daños y perjuicios. En el caso, la cláusula penal tenía por único objeto el retardo del cumplimiento, mientras que la acción del demandante, tal cual estaba formulada en sus conclusiones, tendía exclusivamente á la reparación del perjuicio que resultaba de la falta de cumplimiento. La Corte no puede aplicar á esta última hipótesis una pena que había sido estipulada para una hipótesis diferente; debió, como lo hizo, apreciar el daño sufrido por el demandante á razón de falta de cumplimiento según el derecho común. (1)

Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Bélgica. Un contrato de reemplazo decía que el que se obligaba á proporcionar el sustituto sería responsable de pagar á éste cinco francos por cada día de servicio activo y necesario. No fué proporcionado el sustituto y el miliciano fué incorporado, habiendo hecho algunos días de servicio en el depósito y obteniendo después permiso de volver á su casa donde quedaba á disposición de la autoridad militar. Sobre la demanda del miliciano fué condenado el agente de reemplazos á proporcionar el sustituto bajo pena de veinticinco francos diarios por daños y perjuicios y á pagar otros cinco francos de daños y perjuicios por cada día de servicio que el miliciano debía haber hecho en el depósito de su regimiento. Providencia en casación y sentencia de denegada casación. La requisitoria del abogado general estableció muy bien los principios. Un mismo hecho puede ocasionar más de un daño; sucede que los contratantes prevén una causa de perjuicio y no prevén las otras, porque estipulando una pena para el daño previsto, la falta de cumplimiento del contrato produce otro.

1 Denegada casación, Sala Civil, 27 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 259).

¿Cuál será el derecho de la parte perjudicada? Podría demandar la pena por el daño previsto y daños y perjuicios por el no previsto; aprobándolos el juez no violará cláusula penal. En el caso, el contrato no preveía mas que una causa de daño, el servicio activo del miliciano; mas no estando del todo en depósito, sufría otro perjuicio, el de perder su libertad, pues podría ser llamado de un día á otro al servicio de su regimiento. Por las dos causas de daños el juez aprobó dos especies de daños y perjuicios; era su deber. Los daños y perjuicios judiciales no tenían nada de común con la pena; así, pues, no podía haber violación de la cláusula penal. (1)

449. Se ve por esta sentencia que el juez no está ligado por la cláusula penal para la valuación del daño que la cláusula no prevee, lo cual es evidente; desconocería, por el contrario, la ley del contrato, aplicándola en un caso que no prevee el contrato. Desde que no hay cláusula que establezca una pena para el daño, en razón del cual concede el juez una indemnización, goza de una entera libertad para apreciarla; los daños y perjuicios podrán, pues, ser mayores ó menores que la pena, sin que pueda decirse que el fallo viola la ley que le prohíbe modificar la pena (artículo 1,152; y no la modifica puesto que la cláusula penal es extraña al objeto del litigio. Un arrendatario de minas se somete á pagar una suma determinada en el caso en que llegara á negar la validez de la concesión. Se retardó en rendir la cuenta del producto de las minas, y fué condenado por este motivo á una suma menor que la estipulada en el contrato. La Corte de Casación aprobó la decisión. El retardo en razón del cual fué condenado el arrendatario, no fué previsto por el contrato y nada tuvo de común con la cláusula penal, y, por tanto, el juez debió ha-

1 Denegada casación, 13 de Abril de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 1, 113).



cer abstracción y decidir la cuestión que le fué sometida según los principios generales de derecho. (1)

450. ¿Cuando un contrato prevee los diversos daños que podrán resultar de la falta de cumplimiento, puede el juez admitir también otros? Sí, en principio. Valerse de lo que ha sido previsto para deducir que no se debe la reparación por el daño que fuere previsto, sería argumentar “á contrario,” mala argumentación en los contratos, tanto como en las leyes. Todo daño causado por el deudor, debe ser reparado, previsto ó nó; si fué previsto, se aplica la pena, si no fué previsto, se aplica el derecho común. Nó sería lo mismo si las partes hubiesen declarado de una manera positiva que el deudor no estará obligado á otros daños y perjuicios que los estipulados en el contrato. Se dijo en un contrato del alumbrado de gas de una ciudad, que los empresarios pagarían á la ciudad la suma de diez céntimos por cada foco de luz que no alumbrara un cuarto de hora después de la hora fijada, ó se extinguiese media hora antes del fin de la noche, y por cada foco que no alumbrara ó no ardiese desde el obscurecer, toda la noche, pagarían veinte céntimos. La autoridad hizo rebajas por algunos reflectores en malas condiciones, en los términos de los procesos verbales. El empresario protestó, invocó su contrato en el que no se trató la cuestión de los reflectores. La Corte admitió esta reclamación. Sin duda, no pudo aplicarse la pena estipulada para el caso en que un foco no alumbrase ó alumbrase mal. ¿Es esto decir que el empresario no estuvo obligado, por este último motivo, á alguna indemnización? Nó, ciertamente; esto hubiese sido decir que el empresario fué libre para dejar la ciudad en una obscuridad relativa, no dando la luz necesaria para alumbrar suficientemente. La mala claridad fué un perjui-

1 Denegada casación, 17 de Febrero de 1820 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,618, 1).

cio no previsto; por lo cual, el juez debió apreciarlo según el derecho común, sin estar ligado por la cláusula prevista. Parece que esta cuestión no fué negada. (1)

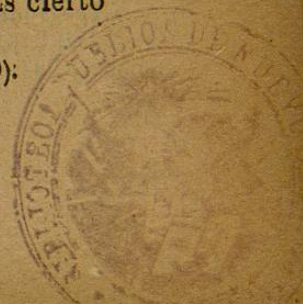
*Núm. 2. Daños y perjuicios.*

*I. ¿Puede el juez modificar la pena?*

451. “La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación principal” (art. 1,229). Esta es una consecuencia de la definición que dá el art. 1,226 de la cláusula penal: el deudor se obliga á “alguna cosa” en caso de falta de cumplimiento, esta “alguna cosa” es la reparación del daño que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento.

En este sentido la pena es “compensatoria” de los daños y perjuicios que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación principal. Esta es la expresión de Pothier que el art. 1,229 reproduce. Pero Pothier entendió la compensación en un sentido que el Código no admitió. Si la compensación de la pena no es suficiente, ¿el acreedor podrá demandar además la pena de los daños y perjuicios que le indemnizen completamente, lo que viene á aumentar la pena? Por el contrario, si la pena es excesiva, ¿puede el deudor demandar se disminuya? Ateniéndose á la idea de compensación, habría que responder afirmativamente como lo hace Pothier. Pero los autores del Código se desviaron, en este punto, de la doctrina de su guía habitual; el art. 1,152 es formal: “Cuando en el contrato se exprese que el que falte al cumplimiento pagará cierta suma á título de daños y perjuicios, no puede aumentarse ni disminuirse con otra suma mayor ó menor.” Es cierto

1 Bruselas, 10 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 199):





que esta disposición no está reproducida en la sección que trata de la cláusula penal, pero esto hubiera sido inútil, porque la pena no es otra cosa que la valuación de los daños y perjuicios hecha en el contrato: la cláusula penal y los daños y perjuicios convencionales son una misma cláusula bajo nombres diferentes. Debe, pues, decirse de la pena lo que el art. 1,152 dice de los daños y perjuicios convencionales: el juez no puede modificarla ni en favor del acreedor ni en favor del deudor.

El orador del Gobierno se expresó en este sentido: "La pena estipulada por los contratantes hace la ley entre ellos. El acreedor no debe ser admitido á decir que esta pena es insuficiente, ni el deudor á pretender que es excesiva. ¿Cuál sería el juez que pudiera conocer, mejor que las partes, las circunstancias y los intereses respectivos que han determinado la fijación de la pena?" La razón que dá Bigot-Prémeneu no es decisiva, las partes pueden engañarse; alguna puede abusar de la necesidad de contratar en que se encuentra la otra, y, por tanto, es muy posible que la pena sea excesiva ó insuficiente. Aun en este caso, la ley debe sostener la ley del contrato, pues de no ser así, todo quedaría siempre abandonado al arbitrio del juez. Hay, por otra parte, un motivo especial para atenerse á la pena tal como se estipula en el contrato. ¿Por qué valúan las partes los daños y perjuicios en lugar de encomendarlo al juez? Para evitar las tardanzas y los perjuicios de las informaciones, así como la incertidumbre y la arbitrariedad de la apreciación del juez, sería, pues, ir contra su intención, permitir á una de ellas poner en cuestión lo que han querido decidir irrevocablemente. (1)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms 342 y 345. Bigot-Prémeneu, *Exposición de motivos*, núm. 109 (Loché, t. VI, pág. 167). Toullier, t. III, 2, pág. 502, núms. 811 y 812. Durantón, t. XI, pág. 464, número 341. Colmet de Santerre, t. V, pág. 292, núm. 165, bis.

452. La jurisprudencia está en este sentido. Se estipuló en la venta de un inmueble, que si el contrato se resolvía por falta de pago del precio, las mejoras hechas por el acreedor aprovecharían al vendedor á título de daños y perjuicios. El valor de las mejoras fué tan grande que la pena pareció excesiva. Se demandó la reducción de los daños y perjuicios. La Corte sostuvo la cláusula penal en todo su rigor. (1)

El principio ha sido aplicado aún á los daños y perjuicios calificados de multas. No puede haber cuestión de multa propiamente dicha en materia de contratos; lo que califican así no es otra cosa que una valuación convencional del daño sufrido. Esta valuación puede ser excesiva, y á las partes interesadas toca el no someterse, pero desde que ellas las han consentido, deben soportar las consecuencias. Un fabricante de tapiz hizo un reglamento en que prohibía á los obreros entrar á los talleres con zuecos (2) bajo pena de una multa de diez francos. Se aplicó una rebaja de diez francos sobre el salario de un obrero. El consejo de hombres prudentes redujo la multa á cincuenta céntimos. El fallo fué muy severo para el fabricante: hizo la ley que le agradó, dijo el consejo, porque siempre encuentra obreros que aceptan sus condiciones. La multa, en el caso, fué de una exageración evidente puesto que representaba casi la mitad del salario del obrero culpable durante un mes. Pero es también evidente que hubo exceso de poderes en la decisión del consejo; esta fué casada. La Corte de Casación recordó que los contratos tienen lugar de ley entre aquellos que los han hecho y que cuando el contrato dice que el que falte al cum-

1 Dijón, 5 de Enero de 1838 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 1,385).

2 Especie de zapatos de madera que usan los campesinos en Europa (N. del T.).



plimiento pagará cierta suma á título de daños y perjuicios, no puede aplicarse á la otra parte una suma mayor ó menor. (arts. 1,134 y 1,152). La ley fué violada y debió observarse. (1)

453. ¿La regla que prohíbe al juez modificar la pena, tiene excepciones? Según la legislación francesa hay una que resulta de la ley del 3 de Septiembre de 1807. Esta ley limita la tasa del interés convencional al cinco por ciento en materia civil y al seis por ciento en materia mercantil. No es posible, pues, estipular ni directa ni indirectamente, intereses mas elevados, ni aún á título de penas, porque la pena no es mas que la valuación de los daños y perjuicios; y estos daños y perjuicios no pueden traspasar el interés legal en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero: la prohibición de estipular intereses mas elevados, es de orden público, y las partes no pueden derogarla. Según nuestra legislación, la tasa del interés convencional puede ser fijada por las partes interesadas, como quieran, y por consiguiente pueden fijar la pena como quieran; el interés que el deudor debería pagarle, sería de ciento por ciento.

454. El art. 1,231 dice que la pena puede ser modificada por el juez cuando la obligación principal ha sido cumplida en parte. "Debe combinarse esta disposición con la del art. 1,244, según la cual, el deudor no puede obligar al acreedor á recibir en parte el pago de una deuda aún divisible." Este principio recibe su aplicación en las obligaciones con cláusula penal. El deudor no puede, pues, ofrecer á su acreedor pagarle parte de lo que le debe, para evitar el pago total de la pena; el acreedor puede negarse á esta oferta y constituir en mora al deudor lo que obligará á éste á pagar toda la pena. Pero el acreedor voluntariamente puede recibir una parte de la deuda. ¿Cuál

1 Casación, 14 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 84).

será el efecto de este pago dividido en lo que se refiere á la pena? Pothier dice que según el rigor del derecho podría sostenerse que el deudor debe la pena entera porque falta á su obligación que consiste en cumplirla por el todo. A decir verdad, este rigor sería excesivo, y el acreedor ha renunciado al cumplimiento por el total, recibiendo un pago dividido, y, por tanto, no puede ya alegar contra el deudor falta de cumplimiento de la obligación. Debe tomarse la obligación tal cual es, dividida por el consentimiento del acreedor; ha recibido una parte de lo que ha estipulado, y la pena tiene lugar de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento total. Es decir, que el acreedor no puede ya demandar toda la pena, porque esto sería aprovechar el cumplimiento parcial al mismo tiempo que los daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de la parte de la obligación que ha sido cumplida, y según el art. 1,229, el acreedor no puede demandar al mismo tiempo lo principal y la pena. Por tanto, cuando el acreedor ha sido pagado en parte de la obligación principal, no puede ya recibir la pena por esta parte.

¿Es esto decir que necesariamente la pena deberá reducirse y que deberá serlo proporcionalmente al cumplimiento parcial que el contrato ha tenido? Nó, el art. 1229 no dice que la pena "debe ser" modificada, dice que el juez "puede" modificarla. Esta es una cuestión de hecho. Es posible que á pesar del pago parcial, el acreedor sufra el mismo daño que si la obligación no hubiese sido cumplida; es posible, al menos, que la disminución del daño no esté en proporción con el cumplimiento parcial. Al juez toca apreciar el daño que sufre el acreedor, y valuar, en consecuencia, los daños y perjuicios á que tiene derecho. (1)

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 350. Durantón, t. XI, página 503, núm. 358. Colmet de Santerre, t. V, pág. 296, núm. 163 bis, 1º y 2º



455. No citamos ejemplo porque no encontramos en la jurisprudencia, y los que citan los autores son insignificantes ó muy mal elegidos, en el sentido de que se refieren á obligaciones indivisibles. Una pena se estipula, dice Toullier, para el caso en que el empresario no entregue la casa en tal época para ser habitada pronto. Si la casa no se acaba, la pena se deberá por el todo, porque es evidente que la voluntad de las partes fué no solamente de que la casa estuviera muy avanzada en su construcción, sino acabada y habitable en la época indicada. Es preciso decir más: la obligación, en el caso, es indivisible (núm. 370), porque no es susceptible de un cumplimiento parcial, y el acreedor debía hacer innovación para que la obligación de indivisible que era, se hiciera divisible. Puesto que el deudor contravino por el todo, debía la pena por el todo. M. Demolombe cita otro ejemplo. El deudor se obligó á abrir un canal de cien metros bajo la sanción de una cláusula penal; no practicó más que cincuenta metros, así, pues, no debía más que la mitad de la pena. Una obra que se tiene que hacer ¿no es una obligación indivisible? ¿Qué hará el acreedor con un canal de cincuenta metros cuando se obligó á que tuviera cien? M. Demolombe reconoce que un viaje que se tiene que hacer es una obligación indivisible, y que, por consiguiente, el deudor debe toda la pena, aun cuando solo haya hecho una parte del viaje. (1) ¿No es esto lo mismo que la obligación que consiste en hacer una obra?

456. Las partes pueden derogar este art. 1,231, así como todas las disposiciones del título "De las Obligaciones," cuando no conciernen al orden público y á las buenas costumbres. Un empresario se obligó á entregar en épocas determinadas, seis mil durmientes de madera de enci-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 517, núm. 839. Demolombe, t. XXVI, pág. 589. núm. 670.

no para la construcción de un ferrocarril. Se estipuló en el tratado, que en caso de retardar la entrega, el deudor quedaría sujeto á título de daños y perjuicio, á pagar cincuenta céntimos por cada durmiente que faltara en el tiempo requerido. La escritura agregaba que si las cantidades que diéran lugar á esta indemnización no eran entregadas un mes después de una simple constitución en mora, el empresario sería despojado del abasto y de todos los durmientes que faltaran, y responsable de una indemnización de cincuenta céntimos por cada uno que dejara de entregar. No habiendo sido regularmente cumplida la entrega, el contrato fué rescindido, habiendo pronunciado la Corte daños y perjuicios, pero menores que los que se habían fijado por la cláusula penal, fundándose en el art. 1,231 y haciendo constar que el empresario había ocasionado un daño muy poco considerable. Esta decisión fué casada, y con justicia, porque la Corte perdió de vista que las partes habían previsto el caso de cumplimiento parcial, y fijado, de antemano, lo que el deudor debía pagar por no haber cumplido el convenio enteramente. Esto no es, pues, el caso del art. 1,231, pues es preciso aplicar la pena en todo su rigor y sin considerar la magnitud del daño que el acreedor sufre, porque habiendo las partes reglamentado sus intereses, no queda al juez más que cumplir la ley del contrato. (1)

457. Es preciso no confundir con la cláusula penal el contrato por el cual el deudor, reconociendo el daño que causó, se obliga á repararlo pagando al acreedor determinada suma á título de indemnización, en cuyo caso no se trata de pena, sino del cumplimiento de una obligación. ¿Podría el Tribunal reducirlo por ser excesivo? Se optó por la afirmativa en un caso en que fué firmado un pagaré

1 Casación, 4 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 257) y una sentencia del 10 de Enero de 1861 (Daloz, 1861, 2, 33).