

timacion que es divisible, y al que es preciso recurrir en estos casos para conciliar con la equidad todos los derechos, tanto de los coherederos del deudor, como del acreedor.

Y aunque el deudor ofrezca al co-heredero, que no remitió ó vendió su derecho, la parte proporcional del precio de la cosa, podrá el co-heredero reclamarla con el abono prevenido en el artículo, porque es acreedor de la cosa misma y no ha podido ser perjudicado en este derecho.

Lo mismo se observará, cuando el deudor de cosa indivisible herede por mitad al acreedor: el otro co-heredero podrá reclamarle su cosa, abonándole la mitad de su estimacion.

La mancomunidad, por el contrario, como que no procede de la naturaleza misma de la cosa, sino de un hecho personal á los que quisieron quedar obligados al todo, ó adquirir derecho para exigirlo, hace que deudores y acreedores lo sean respectivamente del todo y *totaliter*; esto se hará mas perceptible con un ejemplo.

Dos empresarios se obligaron simplemente á construirme una casa: la obligacion es indivisible con arreglo al artículo 1072; los dos, y cada uno de ellos, quedan obligados al todo; es decir, á darme la casa acabada: es un efecto necesario de la indivisibilidad.

Pero, si por la inexecucion de la obligacion primitiva, se convierte esta en la secundaria de resarcir los daños é intereses, no podré pedirlos sino por mitad á cada uno de los empresarios, porque cesó la indivisibilidad ó calidad real, y la obligacion fué simple, no mancomunada: *aliud est debere totum, aliud debere totaliter*.

En el caso propuesto, si los empresarios se obligaron de mancomun, podré reclamar de cada uno por entero los daños é intereses, porque la mancomunidad es obra exclusiva del hecho personal de los contrayentes que quisieron quedar obligados siempre al todo y *totaliter*.

Basta de esta metafisica materia: Pothier y los por él citados, así como nuestro Gomez, la tratan con mayor estension y podrán ser consultados cuando haya necesidad.

## ARTICULO 1077.

*El heredero del deudor á quien se haya reclamado la totalidad de la obligacion, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio á sus co-herederos, á fin de que estos puedan ser condenados á su cumplimiento á no ser que la obligacion por su naturaleza no pueda cumplirse mas que por el heredero demandado, en cuyo caso podrá ser condenado solo, salvo su derecho á repetir contra los demás por la parte que les corresponda.*

1225 Frances, 1178 Napolitano, 1315 Sardo, 2111 de la Luisiana; el 913 de Vaud concede al que ha pagado el recurso contra los co-deudores, y calla sobre lo demás. Concuerta nuestro artículo con las leyes 11, párrafo 23, libro 32, y la 2, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto.

En armonía con lo que he espuesto en el artículo anterior, se dice sobre este en el discurso 59 Frances. "Así como cada coheredero del acreedor no es propietario de la totalidad de la cosa, tampoco debe la totalidad cada co-heredero del deudor, aunque no pueda pagarla parcialmente. Los derechos del acreedor y los del coheredero demandado se conciliarán concediendo al segundo un plazo para traer al juicio á sus co-herederos. Si la deuda es de tal naturaleza, que no pueda ser satisfecha, sino por el heredero no demandado, no se dilatará la condenacion contra él solo; pero tendrá recurso contra los co-herederos para que le indemnizen.

Si la obligacion es tal, que no pueda ser cumplida sino por todos conjuntamente, es claro que no podrá dirigirse la accion contra uno solo"

Fácil es formarse ejemplos del primer caso de este artículo: el segundo se verifica siempre que la deuda sea de un cuerpo cierto y determinado, que existe en poder del demandado.

Adviértase, que en las obligaciones mancomunadas no puede el co-deudor demandado pedir nunca término para emplazar á sus co-deudores, porque cada uno de ellos debe *totum et totaliter*.

## ARTICULO 1078.

*Cuando por no cumplirse la obligacion indivisible, se estimare el interés del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente de ella todos los deudores principales.*

*La responsabilidad de los herederos del que contrajo la obligacion indivisible, se regirá por el artículo 932.*

*Pero los que no se hayan opuesto al cumplimiento, podrán repetir daños y perjuicios de aquel que lo resistió.*

La indivisibilidad de la obligacion lleva consigo la de pagar la totalidad ó la mancomunidad sin necesidad de pacto segun el artículo 1075, los deudores no pueden por su hecho propio ó falta de cumplimiento libertarse de la mancomunidad, aunque por la misma causa se haya convertido necesariamente la obligacion primitiva en otra de cantidad determinada.

Esto es por lo que hace al acreedor; pero, una vez satisfecho este, el deudor culpable responde á los otros de los daños ó perjuicios que les haya ocasionado por su resistencia al cumplimiento, segun el artículo 111.

Sobre la responsabilidad de los herederos, vé lo dispuesto y espuesto en el artículo 932.

## SECCION VIII.

DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.

## ARTICULO 1079.

*Hay obligacion con cláusula penal, cuando el deudor se compromete á dar ó hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligacion principal (1).*

1126 Frances, 1179 Napolitano, 914 de Vaud, 1316 Sardo, 1340 Holandes, 2113 de la Luisiana, 292 Prusiano, título 5, parte 1: nuestra definicion se acerca mas á la del artículo 2114 de la Luisiana.

1. Pueden los contrayentes estipular cierta prestacion como pena del no cumplimiento del contrato. En este caso no habrá lugar á la reclamacion por daños ó perjuicios.—La cláusula penal no puede exceder en valor ni en cuantía á la obligacion principal.—Art. 1428 y 1430, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

TOM. III.

Concuerta con la ley 71, y la 137, párrafo 7, título 1, libro 45 del Digesto, y los párrafos 18 y 20, título 20, libro 3, Instituciones, y con la 34, título 11, Partida 5.

La cláusula penal tiene por objeto asegurar la ejecucion del contrato, ó obligacion principal, y es accesoria de esta: cualquiera puede formarse ejemplos de ella.

## ARTICULO 1080.

*La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligacion principal. La nulidad de la obligacion principal lleva consigo la de la cláusula penal (1).*

1227 Frances, 1180 Napolitano, 915 de Vaud, 1317 Sardo, 1341 Holandes, 2115 y 2119 de la Luisiana.

"Si stipulatus sum te sisti; nisi steteris Hypocentaurum dari: perinde erit atque si te sisti solum modo stipulatus essem," ley 97: "Detracta prima stipulatione, permanet utilis" ley 126, título 1, libro 45 del Digesto. "Cum principalis causa non consistit ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent;" 129, párrafo 1, y 178 de *regulis juris*. Las 61 y 69 del dicho título 1 disponen lo mismo de la pena impuesta en una obligacion nula por ser torpe ó imposible.

Lo mismo se establece en la ley 38, título 11, Partida 5, pues, aunque al principio de ella se dice: "Vale la pena magüer la promision non sea valedera," se refiere en esto únicamente á los párrafos 18 y 20, título 20, libro 3, Instituciones. "Si quis ita stipuletur, Titio dari, nihil agit. Sed si adjecerit pœnam, nisi dederis, tot aureos dare sponde? Tunc committitur stipulatio." En el párrafo 20 se dispone lo mismo para el caso contrario. "Qui alium facturum promissit, non tenetur, nisi pœnam ipse promiserit."

Atendido nuestro artículo 977, debe valer con mayoría de razon la pena en ambos casos, porque en uno y otro se declara válida la obligacion principal.

1. La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; mas la nulidad de ésta no importa la de aquel.—Art. 1429, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

12



*La nulidad de la cláusula penal:* esta puede ser nula por imposible ó torpe; pero la nulidad de lo accesorio no puede invalidar lo principal: las citadas leyes Romanas 61 y 69 traen ejemplos de cláusulas penales nulas por torpes ó imposibles: *nec pœna rei impossibilis committitur.*

*La nulidad de la obligacion principal.* Pero valdrá la cláusula penal, á que se sujeta un tercero, en los casos que vale la fianza por obligacion nula ó que pueda ser anulada: la razon es la misma en ambos casos: vé el artículo 1735.

## ARTICULO 1081.

*El acreedor puede reclamar á su eleccion el cumplimiento de la obligacion ó el de la pena estipulada contra el deudor moroso. Unicamente podrá reclamar las dos cosas si así se hubiere pactado; en cuyo caso podrán los tribunales moderar la pena si fuere excesiva.*

*La cláusula penal es la compensacion de los daños é intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligacion; pero en las obligaciones de cantidad determinada queda sujeta á la limitacion del artículo 1650 (1).*

Está compuesto de los artículos 1228 y 1229 Franceses, 111 y 1182 Napolitanos 2120 y 2121 de la Luisiana, 1318 y 1319 Sardos, 1342 y 1343 Holandeses, 916 y 917 de Vaud.

"Venditor, antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si ex stipulatu, pœnam consecutus fuerit, ex vendito agere non potest;" leyes 28, título 1, libro 19 y 122, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, y la 40, título 4, libro 2 del Código.

"Cum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur;" ley 115, párrafo 2, al fin, título 1, libro 45 del Digesto.

"Magüer la pena sea puesta en la promission, non es tenuto el que la faze, de pecharla, é de fazer lo que prometió; mas lo uno

1. El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligacion ó el de la pena; pero no ambos salvo convenio en contrario.—Art. 1433, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

tan solamente. Fuera ende, si quando hizo la promission, se obligó diziendo que fuese tenuto á todo; á pechar la pena, é á cumplir la promission" ley 34, título 11, Partida 5.

El objeto de la cláusula penal es asegurar la ejecucion de la obligacion principal, no estinguirla, ni novarla: debe, pues, ser libre el acreedor en instar por la ejecucion ó pedir la pena.

Sin embargo, la ley 44, párrafo 6, título 7, libro 44 del Digesto, pone un ejemplo en que la estipulacion penal induce novacion y convierte en sí la obligacion principal por la presunta voluntad de las partes.

Rogron en su comentario al artículo 1228 Frances advierte, que no deben confundirse la obligacion con cláusula penal y la obligacion condicional: para ilustrarlo pone dos ejemplos.

1º "Yo me obligo á derribar una pared mia que os incomoda, y, si no la derribo dentro de seis meses, os pagaré mil francos:" es una obligacion con cláusula penal que encierra dos obligaciones: pasados los seis meses sin derribar la pared, sois libre en compeleirme al derribo ó al pago de los mil francos.

2º "Yo os pagaré mil francos si no derribo la pared que os incomoda:" es una sola obligacion contraida bajo una condicion potestativa, y de la que podré librarme siempre, pagando los mil francos.

Siento que Rogron no haya citado ley alguna Romana en su apoyo; probablemente habrá tomado sus ejemplos de otros parecidos que trae la ley 115, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, trasladada á la 15, título 11, Partida 5; ¿"Pamphilum dare spondes? Si non dederis centum dare spondes. ¿Si pamphilum non deris, centum dare spondes?"

Pero la citada ley no saca de estas diversas fórmulas la consecuencia que Rogron, si no otra bien distante que puede verse en la misma.

"Que así se bubiere pactado" El simple retardo en la ejecucion del contrato puede

ocasionar perjuicios, que se trata de compensar con la pena convencional, pero será necesario pactarlo espresamente.

*Si fuere excesiva:* es el artículo 1243 Sardo: vé lo espuesto en el nuestro 1018 que se refiere á este.

*La cláusula penal, etc.* Como que tiende á indemnizar al acreedor de los perjuicios que probablemente se le han de ocasionar por la inexecucion del contrato; y las partes son bien competentes para fijarlos con anticipacion en cantidad determinada, evitando así las molestias y gastos de un pleito: pero cuando la obligacion sea de cantidad determinada es imposible escapar á la tasa del artículo 1650, que es prohibitorio, y no puede ser eludido por medios indirectos: "juris forma non patitur, legem contractus istius ultra pœnam legitimarum usurarum posse procedere," ley 15, título 32, libro 4 del Código y la 40, título 11, Partida 5, anulaba la pena puesta por razon de usura en obligacion de *quantia cierta.*

Por Derecho Romano cuando los perjuicios escedian evidentemente de la cantidad fijada en la cláusula penal, podia reclamarse esta y el exceso de aquellos, leyes 41 y 42, título 2, libro 17, y 28, título 1, libro 29 del Digesto: pero esto ha parecido ocasionado á pleitos y contrario al espíritu general de las leyes, que en caso de duda favorecen al deudor: este, por lo comun, recibe la ley que place al acreedor imponerle.

## ARTICULO 1082.

*El cumplimiento de la cláusula penal solo puede exigirse en los casos y cuando concurren las circunstancias, en que, no existiendo la cláusula, se podrian reclamar los daños é intereses, segun las reglas dadas en la Sección 3, capítulo 3, de este título. (1)*

1230 Frances (mas espresivo y concreto al caso de mora), 1344 Holandes, 1183 Napolitano, 1320 Sardo, 918 de Vaud, 2123

1. No podrá 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. 1434, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

de la Luisiana, Ley 23, título 7, libro 44 del Digesto, y 35, título 11, Partida 5.

Es decir, que para poderse pedir la pena, el deudor ha de estar constituido en mora con arreglo á lo dispuesto en el artículo 34 pues que, segun el artículo anterior, la cláusula penal es la compensacion de los daños é intereses.

Pero, cuando la cláusula penal fué puesta en una obligacion de no hacer, se debe la pena desde que contra lo estipulado se hizo lo que no debia hacerse. La prueba de la falta se halla en la misma cosa hecha.

Y no escusará la pena la dificultad personal del deudor en cumplir la obligacion principal se, un las leyes 2, párrafo 2 al fin, y la 157, párrafos 4 y 5, título 1, libro 45 del Digesto, á no ser que el impedimento sea de aquellos que en derecho escusan absolutamente: la ley 37, título 5, Partida 5, no admitia otro embargo ó impedimento para escusar de la pena convencional, que la pérdida inculpable de la cosa debida.

Ni escusará que el deudor quiera despues cumplir la obligacion á menos de consentir en ello el acreedor espresa ó tácitamente.

## ARTICULO 1083.

*En las obligaciones indivisibles con cláusula penal bastará la contravencion de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena: el acreedor podrá exigirla del contraventor ó de cualquiera de los coherederos con arreglo al artículo 932; pero el contraventor quedará obligado á indemnizar al que hubiere pagado, y no gozará de los beneficios concedidos en dicho artículo y en el 933. (1)*

1232 Frances, 1322 Sardo, 1372 Holandes, 1185 Napolitano, y 2125 de la Luisiana.

1. En las obligaciones mancomunadas con cláusula penal bastará la contravencion de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena.—El acreedor podrá exigir la pena del contraventor en todo caso, ó de cualquiera de los coherederos, siempre que notificados estos de la falta del requerido, no rediman la pena cumpliendo con la obligacion.—El contraventor deberá indemnizar al que hubiere pagado.—Arts. 1435 á 1437, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.



Los Códigos citados autorizan al acreedor para exigir del heredero contraventor la totalidad de la pena ó de los otros su parte respectiva, salvo su recurso de indemnización por el que contravino.

Nuestro artículo difiere de los Códigos modernos por consecuencia del artículo 932, y concuerda con las leyes Romanas que cito en el párrafo siguiente, aunque el final del párrafo 1, de la ley 4, cotejado con el 3 de la ley 5, título 1, libro 45 del Digesto, hace dudosa y aun contradictoria aquella legislación en esta metafísica materia.

"Indivisibles. Quod in partes seindi non potest ab omnibus quodammodo factum videtur: in hoc casu omnes commississe videtur, quod nisi in solidum peccari non poterit," ley 4, párrafo 1, título 1, libro 45 del Digesto. "Unius facti omnes teneri, quoniam licet ab uno prohibeatur, non tamen in partem prohibeatur; sen coeteri familiae eriscoundae iudicio sarcient damnun," ley 85, párrafo 3 del mismo título y libro.

*Exigirla de cualquiera de los co-herederos.* Esta es ahora una consecuencia necesaria de la innovación hecha en el artículo 932; pero aun sin ella lo sería siempre en las obligaciones indivisibles por lo dicho en el párrafo anterior.

*Obligado á indemnizar.* La culpa en último resultado no debe perjudicar sino al culpable. Esto no quita que el co-heredero inculpable goce, aun contra los igualmente inculpables, de los beneficios de los artículos 932 y 933; pero todos y cada uno de ellos tendrán su recurso de indemnización contra el culpable.

*No gozará.* El culpable no es acreedor á beneficios y en este caso no hace mas que sufrir la pena de su culpa.

Aunque la obligación sea indivisible, si se impide ó falta á uno de los herederos del acreedor, solo el impedido puede pedir la pena, no los otros *quorum nihil interest*: el que no sufre perjuicio, ni tiene interés, no puede tener acción.

#### ARTICULO 1084.

*Si la obligación fuere divisible, regirá*

*también lo dispuesto en el artículo anterior; pero si el acreedor admitió el pago parcial de la deuda ó obligación de parte de alguno de los co-herederos, deberá descontarlo de la pena, aun cuando la exija del contraventor (1).*

Difiere absolutamente de los Códigos mencionados en el anterior, que copiaron la citada ley 4, párrafo primero, título 1, libro 45 del Digesto: "Heres qui adversus ea fecit proportione sua solum pœnam committet;" pero nosotros no podemos admitir esto despues de la referida innovación del artículo 932, por la que todos los co-herederos quedan sujetos á pagar por entero las deudas del difunto.

*Deberá descontarlo:* porque de otro modo recibiría la cosa ó parte de ella y la pena que la representa, y no se puede pedir la cosa y la pena juntamente segun el artículo 1081.

#### ARTICULO 1085.

*El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo (2).*

1231 Frances, 1321 Sardo, 919 de Vaud, 2124 de la Luisiana, 1345 Holandes, 1184 Napolitano.

*Quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est,* dice de un caso semejante la ley 35; párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto; y la 9, párrafo 1, título 11, libro 2, lo decide espresamente por equidad en el caso de nuestro artículo, aunque, atendido el rigor de derecho, parecia proceder lo contrario; "pœnam quidem integram commit-

1. Si la obligación no fuere mancomunada, regirá lo dispuesto en los tres artículos que preceden; pero si el acreedor admitió el pago parcial de la deuda ó obligación de parte de alguno de los coherederos, deberá descontarlo de la pena, aun cuando exija esta del contraventor.—Art. 1438, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. Si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción.—Si la modificación no pudiese ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa; teniendo en cuenta la naturaleza y demas circunstancias de la obligación.—Arts. 1431 y 1432, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

ti:" lo mismo viene á decir la 18 al principio, título 8, libro 46, *stipulatio (pœne) in id committitur, quod intersit agentis.*

Es cierto que el acreedor, á falta de pacto especial, no puede ser pagado por partes contra su voluntad, segun el artículo 1094; pero el 1084 anterior supone pago ó cumplimiento parcial consintiéndolo el acreedor.

En tal caso no puede el acreedor tener una parte de la cosa y exigir íntegra la pena que la sustituye y representa.

Ni puede una misma cláusula dar siempre lugar á la misma pena, tanto contra el deudor que ha ejecutado casi de lleno su obligación, como contra el deudor que ni siquiera ha comenzado á ejecutarla.

El juez, para la modificación de la pena, deberá tener en cuenta la posición respectiva de las partes, y todas las demas consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio.

Pothier, números 350 y 351, pone ejemplos, que Rogron, segun su costumbre, toma, sin decir de donde, variando ligeramente los términos; también pone el mismo Pothier ejemplos de obligaciones indivisibles, en que puede tener justa aplicación este artículo.

#### CAPITULO V.

*De la estincion de las obligaciones.*

#### SECCION I.

DISPOSICION GENERAL.

#### ARTICULO 1086.

*Las obligaciones se estinguen por el mútuo consentimiento de las partes contrayentes.*

*También se estinguen:*

*Por el pago ó cumplimiento.*

*Por la delegacion ó subrogacion.*

*Por la compensacion.*

*Por la novacion.*

*Por la quita ó perdon.*

*Por la cesion de bienes.*

*Por la confusion.*

*Por la pérdida de la cosa debida.*

*Por la rescision.*

*Por la prescripcion.*

1234 Frances, comun á todos los Códigos,

aunque no espresan el mútuo disenso como el Derecho Romano.

"Mútuo consentimiento. Quæ consensu contrahuntur, contrario consensu dissolvuntur," párrafo 4, título 30, libro 3, Instituciones. "Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est, et ideo medi consensu obligatio contrario consensu dissolvitur; 35, 100 y 153 de *regulis iuris.*

Todos los contratos se perfeccionan entre nosotros por el simple consentimiento; deben, pues, disolverse por el mútuo disenso, pero sin perjuicio de lo dispuesto para la validez de algunos de ellos, y deliberación ó descargo de sus obligaciones en la Sección VI, capítulo 2 de este título, y mas particularmente en los números 12 y 13 del artículo 1003: la obligación que no puede contraerse sino por escritura, necesita otra en contrario para disolverse por el mútuo disenso.

*Por la cesion de bienes.* Ni el derecho Romano ni el nuestro cuentan entre los modos de estinguirse las obligaciones, la cesion de bienes, pues que si el deudor llega á mejor fortuna, puede ser compelido al pago, salvo el beneficio de competencia, leyes 4, 6 y 7, título 2, libro 42 del Digesto, y párrafo 40, título 6, libro 4, Instituciones, ley 3, título 15, Partida 5. Lo mismo se establece en el artículo 1270 Frances, y en el 1150 nuestro. No veo, pues, por qué se ha de colocar entre los medios de estinguir las obligaciones al que realmente no las estingue; al menos el Código Frances, con mas ó menos propiedad, pone la cesion entre las especies de pagas: aqui se la pone tras la quita ó perdon.

#### SECCION II.

DEL PAGO Ó CUMPLIMIENTO,

#### PARRAFO I.

*De la naturaleza del pago ó cumplimiento y del lugar en que debe ejecutarse.*

#### ARTICULO 1087.

*Entiéndese por pago ó cumplimiento, la entrega de la cosa ó cantidad, ó la prestación del servicio que se hubiere prometido [1].*

1. Entiéndese por pago ó cumplimiento la