

346
C 965 E
1951
F. J. Des.

079709

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Estudio de la Cláusula Penal en las Obligaciones Civiles

TESIS

PRESENTADA POR

HUMBERTO GUILLERMO CUESTAS

EN EL ACTO DE SU

DOCTORAMIENTO PUBLICO



1951

SAN SALVADOR - EL SALVADOR - CENTRO AMERICA





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

INGENIERO ANTONIO PERLA

SECRETARIO:

DOCTOR JOSE SALINAS ARIZ



**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES**

DECANO:

DOCTOR ARTURO ZELEDON CASTRILLO

SECRETARIO:

DOCTOR RAFAEL BENJAMIN COLINDRES

TRIBUNALES QUE PRACTICARON LOS EXAMENES
DE DOCTORAMIENTO

PRIMER EXAMEN GENERAL PRIVADO

DOCTOR MANUEL CASTRO RAMIREZ h.
DOCTOR CARLOS GANUZA MORAN
DOCTOR FRANCISCO ARRIETA GALLEGOS

SEGUNDO EXAMEN GENERAL PRIVADO

DOCTOR JESUS ALEMAN PENADO
DOCTOR MANUEL SUAREZ MONTERROSA
DOCTOR ROBERTO EMILIO CUELLAR MILLA

EXAMEN PUBLICO

DOCTOR
DOCTOR
DOCTOR

Dedicatoria:

A mis padres:

Luis M. Cuestas (In Memoriam).

María u. de Cuestas.

A mi abuelita:

Tránsito Mezquita (In Memoriam).

A mi esposa:

Lyda Valiente de Cuestas

A mis hermanos:

Luis Rubén, Raúl Antonio,
Augusta Inés, Leonor Isabel,
César Ernesto, Ana Elena.

PALABRAS PRELIMINARES

"ESTUDIO DE LA CLAUSULA PENAL EN LAS OBLIGACIONES CIVILES", hemos titulado nuestra tesis doctoral. Y efectivamente eso es, un estudio modesto, acorde con nuestros humildes conocimientos.

La poca literatura jurídica salvadoreña al respecto, y la importancia indiscutible del tema como medio de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, y de resarcir los perjuicios sufridos por el acreedor en caso de inejecución de aquéllas nos han inducido a ello.

El tópico es escabroso: lo prueban las polémicas de los grandes jurisconsultos romanos en la aplicación de sus principios y lo indican las discusiones de los autores modernos sobre la procedencia, o no de las penas civiles. Fuerte ha sido en efecto, la tendencia de los tratadistas del siglo pasado y de principios del presente, para rechazar la idea de penalidad del campo del derecho civil y circunscribirla en el del derecho criminal.

Pero si el tema es intrincado, también es atrayente: grande ha sido el gozo que hemos experimentado cuando hemos creído aquilatar el pensamiento romano y la idea de los clásicos franceses. Sentimos, sí, nuestra poca preparación y lo poco avezados que estamos en el manejo de la pluma, para poder obtener lo que deseábamos.

Nuestro trabajo lo hemos dividido en dos partes: en la primera tratamos la cláusula penal desde un punto de vista -

doctrinario sin habernos dejado por eso de referir en cierto aspecto al derecho positivo; en la segunda nos dedicamos a hacer un pequeño comentario al articulado respectivo en la legislación salvadoreña. Una que otra sugerencia nuestra, que si en algo podrían ser útiles, nos colmaría de contento.

----- -oOo- -----

I N T R O D U C C I O N

DE LAS OBLIGACIONES: GENERALIDADES

En ningún campo del derecho la influencia de la legislación Romana ha sido tan decisiva, como en el del derecho civil y especialmente en lo que atañe a la teoría de las obligaciones; y es que los jurisconsultos de la época clásica la perfeccionaron de tal modo, que puede decirse que hicieron de ella, un verdadero monumento científico.

La definición clásica de las obligaciones es la de Justiniano y se encuentra consignada en las Institutas: "La obligación es un vínculo de derecho, que nos somete a la necesidad de pagar alguna cosa, conforme el derecho de nuestra ciudad".

La definición de Justiniano, ha sido recibida sin reservas por el derecho moderno.

Para Giorgi, la obligación "es un vínculo jurídico, en virtud del cual una o más personas determinadas quedan sujetas respecto de otra u otras también determinadas a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Planiol la define, como "el vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una de ellas, el acreedor, tiene la facultad de exigir algo de otra llamada deudor".

"Vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, que coloca a una de ellas en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa respecto de otra" dice Alessandri.

Todas las definiciones que dejamos anotadas, según puede verse, concuerdan en el fondo con la definición que de obligaciones daban las Institutas.

En toda obligación, cualquiera que fuere su fuente, es pues necesaria la concurrencia de dos personas por lo menos: una actuando como sujeto pasivo de la relación jurídica, y otra como sujeto activo de la misma; deudor el primero, acreedor el segundo. Ambas personas se encuentran atadas por un vínculo que restringe la libertad de una de ellas, en provecho de la otra; pero este vínculo es de naturaleza exclusivamente jurídica, es un *vínculum juris* para emplear la terminología romana, y de allí el nombre de obligación, de obligare.

Elementos de las obligaciones.

Tres son los elementos de las obligaciones: 1º) El SUJETO de la relación o sean las personas entre quienes se forma la obligación. Es éste, el elemento subjetivo y se presenta bajo el doble aspecto de sujeto activo y de sujeto pasivo, tal como lo hemos dicho; 2º) El OBJETO, o sean las cosas o los hechos que constituyen la prestación de la obligación; y 3º) La CAUSA, o sea el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, o las razones que inducen a contratar al deudor.

Efectos de las Obligaciones.

Los derechos positivos de los distintos países que tuvieron su inspiración en el Código Francés, al igual que és-

te, confunden en su reglamentación los efectos de las obligaciones, con los efectos de los Contratos. El Código Civil - Salvadoreño entre ellos en el Título XII del Libro IV incurre en esa confusión.

Del hecho de ser el contrato uno de los tantos modos de generar obligaciones, se deduce que sus efectos serán distintos a los de éstas.

El efecto de los contratos es crear obligaciones entre las partes que concurren a él; y en cambio, el efecto de las obligaciones, es colocar al promitente en la necesidad de procurar al acreedor, el beneficio de un hecho o de una abstención.

Si el deudor cumple su promesa, si ejecuta voluntariamente su obligación que es lo que las partes han tenido en mira al contratar, todo es terminado; pero puede ocurrir que el deudor por cualquier razón no cumpla su promesa o retarde su ejecución, el acreedor tendrá entonces derecho para exigir aun en forma coactiva, el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicio.

Los efectos de las obligaciones en el caso en que el deudor, no la cumple o la retarde, serán pues, los siguientes derechos que tendría el acreedor:

- 1º) La ejecución forzada de la obligación, cuando fuere posible;
 - 2º) La indemnización de perjuicio por la falta total, parcial o por el simple retardo en el cumplimiento
-

de la obligación; y

- 32) Ciertos derechos secundarios dirigidos a mantener íntegro el patrimonio del deudor.

Ejecución forzada:

La ejecución forzada es el derecho que tiene el acreedor para solicitar de los Tribunales, que obliguen al deudor a cumplir su obligación cuando éste ha demorado su obligación o retardado su cumplimiento. Este derecho del acreedor lo encontramos expresamente consignado en nuestro Código Civil en el Artículo 2212 cuyo texto es: "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables..." Es el derecho de prenda general a que se refieren los autores.

Derechos secundarios.

Los derechos secundarios dirigidos a mantener intactos los bienes del deudor son ciertas providencias necesarias para evitar el deterioro de los bienes, el ejercicio de ciertas acciones o derechos del deudor, la acción Pauliana, el beneficio de separación, etc.

Indemnización de Daños y Perjuicios.

El último efecto que produce el incumplimiento o retardo de la obligación, es el derecho que tiene el acreedor a

demandar la indemnización de los daños y perjuicios que ese incumplimiento o retardo, le hayan ocasionado.

La indemnización de perjuicios, según Alessandri, "es el derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor, el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que le habría procurado el cumplimiento efectivo y oportuno de la obligación".

Habrá lugar a exigir al deudor indemnización de daños y perjuicios: 1º) Cuando deja de cumplir totalmente la obligación; 2º) Cuando deja de cumplirla parcialmente; y 3º) Cuando ha retardado la ejecución de la obligación. Así lo consigna el Art. 1427 de nuestro Código Civil en su inciso primero al decir: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento."

De lo anterior resulta, que según los casos en que se deba la indemnización de perjuicios, ésta recibe el nombre de compensatoria o moratoria.

La indemnización es compensatoria, cuando se mira como equivalente de la obligación que ha dejado de cumplirse, ya total, ya parcialmente; y moratoria cuando su fin es indemnizar los perjuicios ocasionados por la tardanza en el cumplimiento de la obligación.

Siendo la indemnización compensatoria un equivalente de la obligación incumplida, solamente puede ser exigida en lu-

gar de ésta, no así la indemnización moratoria la que si puede demandarse conjuntamente con la obligación demorada.

Requisitos

Para que la indemnización de perjuicios sea procedente, se necesita: 1º) que se haya ocasionado un perjuicio al acreedor; 2º) que ese perjuicio sea imputable al deudor; y 3º) que el deudor se haya constituido en mora.

De conformidad con el primer requisito, el acreedor está obligado a probar que el incumplimiento de la obligación le ha producido un perjuicio y asimismo la cuantía de él.

De acuerdo con el segundo requisito, es necesario para que proceda la indemnización de perjuicios, que la falta de cumplimiento de la obligación o su retardo provenga del dolo o culpa del deudor, pues si el incumplimiento es debido a fuerza mayor o caso fortuito, no habrá lugar a tal indemnización.

Y por último, es necesario que el deudor se haya constituido en mora; o si la obligación es de no hacer, por no ser posible que se demore su cumplimiento, que haya contravenido la obligación, realizando el hecho cuya abstención prometió.

Avaluación de daños y perjuicios.

La estimación de la cantidad de dinero a que el acreedor tiene derecho en concepto de daños y perjuicios, puede ser legal, judicial y convencional. Se llama legal cuando es determinada por la ley, es el caso contemplado en el Artículo

lo 1430 del Código Civil salvadoreño cuando dice:

"Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1ª. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; 2ª. el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; hasta el hecho del retardo; 3ª. se deberán intereses de intereses sólo en el caso del Artículo 1967; 4ª. Las reglas anteriores se aplican a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

La evaluación será **judicial**, cuando sea liquidada por el Juez después de haberse discutido y probado tanto la existencia de los daños y perjuicios como su importancia.

Finalmente, la liquidación de los daños y perjuicios es convencional, cuando las partes de común acuerdo determinan el monto de la indemnización. Corrientemente esta liquidación se hace por medio de la cláusula penal; sin embargo, desde ya, indicamos, que en el derecho positivo salvadoreño, la naturaleza de la Cláusula penal, sólo incidentalmente puede considerarse como una liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios; ya que su propio fin no es la evaluación de los daños y perjuicios, sino asegurar el cumplimiento de la obligación en vista de la cual aquélla se estipula.

CAPITULO I

LA CLAUSULA PENAL EN EL DERECHO ROMANO

Como acontece con la mayoría de las instituciones civiles, las raíces de la Cláusula Penal las encontramos en el Derecho Romano; y es que, en la elaboración del derecho civil y sobre todo en la de la teoría de las obligaciones, los romanos se anticiparon a su época, a tal grado que las legislaciones modernas han admitido la generalidad de sus principios, unas veces en forma intacta y otras con ligeras modificaciones.

Origen y desarrollo de la Stipulatio Penae.

En el estado actual de la ciencia jurídica, toda convención lícita es legalmente obligatoria, la voluntad de las partes es soberana. Pero esta regla admitida ya sin discusión en el derecho moderno, no tenía igual aceptación en el primitivo derecho romano. En efecto, en Roma solamente las convenciones sujetas a ciertas formalidades impuestas por el rígido formulismo de la época, creaban vínculos obligacionales; pero el simple pacto no es suficiente para crear una obligación civil. Esas solemnidades que debían acompañar a la convención, consistían en palabras solemnes, en menciones escritas o bien en la remisión de la cosa objeto de la prestación, y tendían a hacer más cierto el consentimiento de las partes.

Fué ésta la causa que determinó el nacimiento del instituto conocido en Roma antigua, bajo el nombre de STIPULATIO PENAE, y que más tarde se incorporaría en el derecho moderno bajo el nombre de Cláusula Penal; pues unida a una convencción que no estaba revestida de formalidades, y que por consiguiente no era exigible civilmente, aseguraba su cumplimiento ya que si el deudor no la cumplía, incurría en la pena, la que por haberse convenido con las ritualidades de la estipulación, era exigible Jure Civile (de pleno derecho).-

En el primitivo Derecho Romano, la STIPULATIO PENAE tiene un carácter comminatorio, carácter que se justifica con la idea que sobre la conducta del infractor de una norma legal, tenían las sociedades primitivas. La idea reinante en aquella época era la de que, el transgresor de una norma jurídica cualquiera, era un delincuente y por consiguiente se hacía merecedor a una pena.

Más tarde en obsequio de determinadas convenciones de aplicación práctica frecuente, se dió validez al simple pacto en los casos de venta, arrendamiento, de sociedad y de mandato. El riguroso formulismo primitivo, aunque lentamente, empezaba a atenuarse y así se reconoció también validez a otros pactos que fueron sancionados unos, por el derecho civil, otros, por el derecho pretoriano y otros por las constituciones imperiales. Esa benevolencia del derecho romano al agrandar el número de convenciones que sin sujeción a formalidades producían efecto entre las partes, pareció que se-

ría la muerte misma de la STIPULATIO PENAE, por haberse vuelto al parecer sin ninguna utilidad; sin embargo tal institución siguió teniendo su aplicación práctica por las ventajas que, como veremos, proporcionaba su empleo.

Definición y Naturaleza.

Los romanos llamaron Stipulatio Penae, a aquella estipulación que tenía por objeto imponer al promitente una prestación a favor del estipulante para el caso en que tal hecho - convenido entre las partes acontezca o deje de acontecer.

Papiniano nos da un ejemplo de Stipulatio Penae ¿Prometes dar al esclavo Pánfilo? y si no lo dieres ¿prometes dar tanto?; y Paulo ejemplifica: Estipulé que hicieres una nave, - y si no la hicieres, la suma de tanto.

La Stipulatio Penae, es pues una convención de carácter condicional; pero los romanos solían además añadir tal estipulación a otras convenciones con el fin de asegurar su ejecución.

Es esto precisamente, lo que ha originado ciertas dificultades en el estudio de la Stipulatio Penae, pues bajo esta misma denominación se conocieron dos estipulaciones de naturaleza diferente: condicional una, de garantía la otra. Sin embargo justo es reconocer que los jurisconsultos romanos su pieron establecer las diferencias entre ambas. Papiniano hace tal distinción entre la Stipulatio Quae a Condicione Caepit que es la estipulación condicional ordinaria y la Stipu-

latio Quae Non a Condicione Caepit que es la convención accesoria y para la cual se ha reservado exclusivamente el nombre de Cláusula Penal.

Es en el sentido de estipulación accesoria que realizaremos nuestro estudio por ser el único que nos interesa para nuestro fin.

Objeto.

La Stipulatio Penae tiene por objeto en primer lugar - asegurar la ejecución de la obligación principal, prestando en este caso la utilidad de que, unida a una convención no - revestida de ninguna solemnidad y que por consiguiente no es exigible civilmente por no dar acción al acreedor, garantiza ba su cumplimiento ya que si el deudor no la cumplía quedaba incurso en la pena, la que por haberse convenido con las solemnidades de la estipulación era exigible de pleno derecho.

En segundo lugar cuando la obligación consistía en la - prestación de un hecho, o de cualquier cosa que no fuere una cantidad de dinero, la Stipulatio Penae tenía por objeto proporcionar al acreedor el derecho de exigir mediante la Condictio Certi, la pena estipulada sin tener que probar la -- existencia ni el importe de los daños que la falta de cumpli miento de la obligación le había ocasionado, evitando en esa forma, una decisión arbitraria del Juez.

Momento en que se incurre en la pena.

En el Derecho Romano la pena se debe desde que existe -

inejecución de la obligación principal. Como en ese derecho la obligación puede ser pura y simple, o sujeta a un plazo, preciso será hacer las distinciones pertinentes según se trate de una u otra clase de obligación.

Si la obligación es pura y simple, el deudor incurre en la pena, desde que pudiendo haberla ejecutado, no la ha cumplido; sin embargo el deudor puede substraerse al pago de la pena antes que se haya entablado la *Litis Contestatio*.

Si la obligación está sujeta a un plazo, el deudor incurre en la pena cuando se haya vencido el plazo sin necesidad de que previamente se le haya interpelado, pues para los romanos el día interpela por el hombre (*dies interpellat pro homine*). Así se deduce de los textos: "si se hubiera añadido que si en el tiempo prefijado no se hubiere ejecutado la obligación, pagará cierta pena; sepa que de ninguna manera puede alegar para evitar esta pena que nadie le avisó, sino que aún sin ningún aviso, quedará sujeto a la misma pena a tenor de la estipulación, porque el mismo debe conservar en su memoria lo que prometió, no pretender que por los demás se le manifieste".- Sin embargo algunos jurisconsultos romanos exigieron como requisito previo, para que el deudor incurriera en pena, la interpelación del deudor hecha ante el Juez. Justiniano al rechazar este criterio, proclamó que bastaba tan sólo con la expiración del plazo sin que se hubiese ejecutado la obligación para que la pena se hiciera exigible.

Aunque en los textos no se encuentra ningún pasaje que

regule los casos en que la obligación principal no se haya -
ejecutado por caso fortuito, Carlos Maynz, en su curso de -
derecho romano, acepta y sostiene, que la Stipulatio Penae, -
estaba sometida sobre el particular a los mismos principios
admitidos para los contratos innominados, es decir, que el -
deudor podía librarse del pago de la pena, si probaba que -
por caso fortuito no había ejecutado la obligación princi- -
pal.

✓ Divisibilidad e Indivisibilidad de la obligación principal.

La Stipulatio Penae por su carácter accesorio, no puede
mudar la naturaleza de la obligación principal que garanti--
za; ésta continuará divisible o indivisible según sea, o no,
divisible el objeto de la prestación; pero la obligación --
principal, si repercute sobre los efectos de la obligación -
contenida en la Stipulatio Penae. En otras palabras si la -
obligación primitiva es indivisible, su incumplimiento produ-
ce el efecto de hacer que incurran en la pena estipulada to-
dos los deudores o los herederos del deudor, y esto aún cuan-
do la falta de cumplimiento proviniere del hecho u omisión -
de alguno de ellos; pero es preciso entender que cada deudor
o cada heredero responderá solamente por su respectiva cuota
en la deuda.

En cambio si la obligación principal es divisible y por
culpa de uno de los promitentes o herederos no se ha ejecu--
tado, sólo éste habrá incurrido en la pena, pero por su cuo-

ta respectiva. Por considerarlo de interés para el punto que tratamos, nos permitimos transcribir en este trabajo uno de los fragmentos del Digesto: "Uno se ha obligado a pagar una cantidad de dinero determinada para el caso en que se verifique lo contrario de tal hecho. Muerto el promitente, dejando muchos herederos, uno de éstos infringe la convención. ¿La pena será debida por todos los coherederos, cada uno por su parte hereditaria, o sólo será debida por el que ha faltado, y en proporción de su parte hereditaria? Catón distingue: Será debida por todos cuando el hecho en cuestión sea indivisible, como por ejemplo, si el difunto había prometido constituir una servidumbre de paso ITER FIERI, porque la prestación de un hecho indivisible sólo puede hacerse por todos en conjunto. Pero cuando se ha garantizado una prestación divisible, como por ejemplo que no se obrará contra la otra parte contratante, AMPLIUS NON AGI, y un solo heredero contraviene la estipulación, éste únicamente deberá la pena, y sólo por su parte hereditaria. Y da por razón de esta diferencia que, en el primer caso, parece que todos han faltado al compromiso puesto que sólo se puede faltar por el todo, del mismo modo que en la estipulación por la cual os comprométeis a no poner obstáculo alguno al ejercicio de mi servidumbre de paso, PER TE NON FIERI, QUOMINUS MIHI IRE AGERE LICEAT. Pero, continúa Paulo, ¿No podría aplicarse esta misma analogía al segundo caso? no, este caso es más bien análogo a la estipulación: que Ticio y su heredera ratificarán los -

actos que ejecuto por ellos: TITIVM HEREDEMQUE EIUS RATUM HABITURUM. Porque en este caso igualmente, si uno solo de los herederos no ratifica, él solo queda obligado. Tal es también la opinión de Marcelo, aunque sea cierto que el principal (Ticio no puede ratificar por partes)."

En el desarrollo de nuestro trabajo, nos iremos refiriendo a las soluciones que los jurisconsultos romanos, daban a las situaciones planteadas con motivo de la aplicación de los principios relativos a la Stipulatio Penae.

----- -oOo- -----

CAPITULO II

LA CLAUSULA PENAL EN EL CODIGO DE NAPOLEON

Los antiguos jurisconsultos franceses, recogieron la teoría romana sobre la Stipulatio Penae; pero al desenvolverla, transformaron fundamentalmente su naturaleza, al grado que puede afirmarse que Dumoulin seguido más tarde por Pothier, adoptó un sistema completamente original, que luego sería la inspiración directa del Código Napoleónico.

Por la importancia que para nuestro trabajo reviste esa legislación, como fuente primaria que es de gran parte de los cuerpos legales modernos, y por las citas que constantemente hacemos de ella, transcribimos su articulado.

DE LAS OBLIGACIONES CON CLAUSULAS PENALES

EN EL CODIGO DE NAPOLEON

Art. 1226.- Cláusula Penal es aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de un contrato, se obliga a alguna cosa en caso de faltar a su cumplimiento.

Art. 1227.- La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la Cláusula Penal.

La nulidad de ésta no implicará de ningún modo, la de la obligación principal.

Art. 1228.- El acreedor, en lugar de pedir la pena estipulada contra el deudor constituido en mora, podrá apremiarlo para la ejecución de la obligación principal.

Art. 1229.- La Cláusula Penal es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor pueda experimentar por falta de ejecución de la obligación principal.

No podrá pedir a la vez el principal y la pena, a menos que ésta se haya estipulado por el simple retraso.

Art. 1230.- Ya suceda que la obligación primitiva contenga o no un término en el cual deba ser cumplida, sólo se incurrirá en la pena cuando aquél que esté obligado a dar, a tomar o a hacer, se constituya en mora.

Art. 1231.- La pena podrá modificarse por el Juez, cuando la obligación principal haya sido ejecutada en parte.

Art. 1232.- Cuando la obligación primitiva, contratada con Cláusula Penal sea de una cosa indivisible, se incurrirá en la pena aún por la falta de uno solo de los herederos del deudor, y podrá pedirse, bien sea en totalidad contra el que haya contravenido, o bien contra cada uno de los coherederos por su parte y porción, e hipotecariamente respecto al todo, salvo su recurso contra el que haya incurrido en la pena.

Art. 1233.- Cuando la obligación primitiva, contratada bajo Cláusula Penal, sea divisible sólo incurrirá en ella - aquel de los herederos del deudor que haya contravenido a - esta obligación, y únicamente por la parte en que estaba - obligado en la obligación principal, sin que haya acción contra los que la hayan ejecutado.

Esta regla tendrá su excepción cuando la Cláusula Penal se haya añadido con la intención de que el pago no pueda ha-

cerse parcialmente, y un coheredero haya impedido la ejecución de la obligación en cuanto a la totalidad.

En este caso podrá pedirse toda la pena contra él y contra los demás coherederos por su parte respectiva, salvo los recursos procedentes.

----- -oOo- -----

CAPITULO III

NATURALEZA DE LA CLAUSULA PENAL

· Al tratar de la Stipulatio Penæ en el Derecho Romano - dejamos dicho que en el período antiguo, la institución objeto de nuestro estudio tuvo un carácter punitivo como una consecuencia de la idea que sobre la conducta del infractor de una norma jurídica tenían las sociedades primitivas. El infractor en efecto, era considerado como un delincuente, cualquiera que fuere la norma jurídica violada y por consiguiente se hacía acreedor a una pena; pero ese carácter conminatorio de la Stipulatio Penæ en el Derecho antiguo, con el -- desenvolvimiento y evolución de las instituciones jurídicas romanas, se va cambiando poco a poco por un carácter que -- tiende más a la reparación o indemnización, proclamándose -- así un principio de independencia de la legislación Civil, -- frente a otro orden más complejo: el orden jurídico penal.

Dicho lo anterior, se comprende fácilmente la variación que ha sufrido la naturaleza de la cláusula penal a través -- de su evolución histórica, pudiendo afirmarse que aun hoy -- día, los autores no han llegado a un acuerdo respecto a --- ello.

Primitivamente, para determinar la naturaleza de la estipulación conocida hoy día por cláusula penal, se recurría al concepto de obligación condicional, y en este sentido, tal estipulación constituía una obligación sujeta a un aconteci-

miento futuro e incierto. Este acontecimiento se realizaba, cuando la obligación principal sobre la que incidía la estipulación que contenía la pena, quedaba sin ejecutarse.

Esta tesis negaba su propia existencia a la Cláusula penal ya que su estudio se hacía al tratar de las obligaciones sujetas a condición. . +

Tesis Francesa.

A pesar de que el Derecho francés asimiló de la fuente romanística, y particularmente de las Institutas de Justiniano, puede decirse que Dumoulin en su famosa obra "Entricatio labyrinthi dividui et individui" hace de la cláusula penal un estudio original sobre todo en la parte relativa a su naturaleza. Para él, tal institución no es más que una liquidación anticipada de daños y perjuicios.

Estos principios expuestos por Dumoulin fueron recibidos por Pothier, quien los compendió en su conocida obra "Traité Des Obligation", y al referirse a la naturaleza de la Cláusula penal, en el cuarto principio dice: "Esta pena es estipulada en la intención de indemnizar al acreedor por la inejecución de la obligación principal; ella es, por consiguiente, indemnizatoria por los daños y perjuicios que sufre por la inejecución de la obligación principal".

Lo que confunde de la teoría de Pothier es que, a pesar de concebir la Cláusula Penal como una liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios, la define diciendo:-

"que es aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se obliga por medio de una pena, a cualquier cosa en caso de inejecución de ese compromiso". De tal definición, parecería deducirse que la cláusula penal tiene para Pothier, más que todo una finalidad de garantía, sin dar importancia a la idea de liquidación anticipada de daños y perjuicios.

En realidad, tal confusión se debe sobre todo a que como hemos dicho, el Derecho francés tuvo su inspiración en el Derecho Romano, el que por obra de Dumoulin sufrió algunas variantes que modificaron su propia naturaleza.

Los principios acerca de la naturaleza de la Cláusula Penal resumidos en la obra citada de Pothier, fueron aceptados por el Código de Napoleón y de allí que en este cuerpo de leyes, encontremos la misma incongruencia que señalamos a la posición de Pothier; en efecto, el Art. 1226 de dicho Código, define la Cláusula Penal como "Aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de una obligación, se compromete a alguna cosa en caso de inejecución". Sin embargo, respecto a esta definición del Código Francés, Planiol y Ripert dicen: "Es sin duda una supervivencia del Derecho Romano la que ha hecho decir a los redactores del Código Civil, en su Art. 1226 que la cláusula penal, sirve para asegurar la ejecución de una convención; esta idea ha cesado de ser exacta en el Derecho Moderno."

Por su parte Mazeaud refiriéndose al mismo Artículo, se

expresa así: "Ciertamente esta definición como ya se ha justamente destacado, es inexacta; era exacta en Roma solamente, en que la Stipulatio Penæ servía para asegurar la ejecución de las obligaciones que no eran obligatorias Jure Civile, en nuestro Derecho, todas las convenciones válidas son obligatorias por si mismas y su ejecución está asegurada por la ley fuera de toda cláusula penal".

Sin embargo aparte del Artículo que define la Cláusula Penal, todo el sistema del Código Francés se reduce a considerar tal instituto como una valuación anticipada de los daños y perjuicios que podría sufrir el acreedor por la inejecución de la obligación principal; expresamente lo establece el Art. 1229 al consignar que "La Cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la inejecución de la obligación principal"; por eso la mayor parte de los autores franceses sostienen que la Cláusula Penal y los daños y perjuicios convencionales, son la misma cosa y que en consecuencia, preferible hubiera sido que en el Código Civil se tratara la cláusula penal en el lugar en que se estudian los daños y perjuicios como una variante de éstos.

Esta opinión fué principalmente defendida en Francia por Marcadé y Laurent; veamos lo que al respecto dice el último de los autores citados: "la pena convencional que las partes contratantes estipulan como dice el Art. 1229, para avaluar y determinar los daños y perjuicios a los cuales el

acreedor tiene derecho en caso de inejecución de la obligación principal, es en el fondo idéntica a la cláusula prevista por el Art. 1152, es decir a la cláusula de los daños y perjuicios convencionales". El Artículo 1152 citado por Laurent textualmente expresa: "Cuando el contrato contenga una cláusula que fije una suma determinada que deba pagar en concepto de daños y perjuicios, al contratante que deje de cumplirla no podrá exigirse mayor suma en este sentido ni reducir tampoco su entidad"; más adelante agrega: "la palabra pena es impropia, es la compensación por los daños y perjuicios que el acreedor sufre a consecuencia de la inejecución de la obligación y estos daños y perjuicios, son la reparación de un perjuicio".- "La cláusula penal no tiene otra finalidad para el acreedor que la de prevenir el juicio a que dan lugar los daños y perjuicios. Poco importa, pues, que la cláusula penal sea nula; lo más que puede pasar en este caso, es que el acreedor quede sometido al Derecho común que rige los daños y perjuicios; les será necesario probar que hubo **inejecución** de la obligación, y que esta inejecución es imputable al deudor".-

Concluimos pues, afirmando que la teoría francesa por obra de sus más connotados tratadistas sostiene la identidad de la Cláusula Penal con la liquidación convencional de daños y perjuicios.

Tesis Alemana.

La tendencia francesa a identificar los conceptos de -

cláusula penal y liquidación convencional de daños y perjuicios repercutió en Alemania, pero en forma desfavorable a esa idea.

En 1882 se publica en Berlín la obra de Neuenfeldt, intitulada "¿Es la pena convencional, según su principio fundamental, pena o prestación de resarcimiento?", en la que dicho autor afirma que la Stipulatio Penae, en la última etapa del Derecho Romano, conserva aún su naturaleza punitiva y aflictiva de las primeras épocas.- Otro autor, Wendt, opina que la cláusula penal es completamente diferente de la liquidación de daños y perjuicios y que su finalidad no es otra que la de procurar una pena al infractor de una obligación civil.

Sin embargo, se hace necesario aclarar, que la teoría alemana no pretende en forma alguna volver al antiguo concepto conminatorio y aflictivo de los primeros siglos del Derecho Romano. Para los alemanes el carácter punitivo que constituye la esencia misma de la cláusula penal, no es más que un apremio, una coacción psíquica que se dirige contra el deudor con miras de asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación a que aquel se ha sometido. En este sentido la teoría, al admitir en la cláusula penal una función distinta a la de simple liquidación de daños y perjuicios, implícitamente le otorga una existencia independiente en el campo del Derecho Civil reconociéndole una vida propia frente a otros institutos jurídicos, y especialmente frente a la

institución de los daños y perjuicios.

Análogos principios son sustentados en el derecho español en donde la cláusula penal tiene una función conminatoria en procura de asegurar el cumplimiento de la obligación en que incide. Gutiérrez Fernández, al referirse a la naturaleza de la Cláusula penal dice que los contrayentes añaden en ciertos casos a la garantía de su palabra, el apremio de una pena convencional y que la cláusula penal se dirige a asegurar el cumplimiento de un contrato, comprometiéndose el obligado a hacer cierta cosa en caso de inejecución.

Como se ve, a pesar de haber sido el Derecho Romano, la común fuente de los Derechos Español y Francés, la naturaleza jurídica de la cláusula penal, es completamente distinta en la idea de los juristas franceses y españoles, idea que como es natural ha influido en los cuerpos legales de sus respectivos países.

Tesis Ecléctica.

La posición extremista que las teorías francesa y alemana proclamaban sobre la naturaleza de la cláusula penal, dió origen a una nueva tendencia jurídica dirigida a considerar este instituto con una doble finalidad: una punitiva y la otra reparadora, sintetizando en esa forma, ideas de la Doctrina Alemana y Francesa.

El defensor más ardiente de este nuevo criterio, fué Hugueney para quien la Cláusula Penal debe de ser considera-

da a la vez, como indemnización y como pena, siendo la exclusión de cualquiera de ambos aspectos "igualmente condenable" dice.

Asimismo De Ruggiero inspirado en las mismas ideas reconoce en la cláusula penal dos finalidades distintas: la liquidación de daños y perjuicios y el robustecimiento del vínculo obligatorio, señalando el Código Civil Italiano, como uno de los cuerpos legislativos que han dado cabida a las nuevas ideas; y en verdad el Art. 1209 de ese cuerpo legal, consigna por una parte que la cláusula penal es aquella con la cual una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se obliga a cualquier cosa en el caso de no cumplimiento o de retardo de la ejecución; y por otra parte, en el Art. 1212 se expresa que la cláusula penal es la compensación del daño que sufre el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal.

En el campo de la doctrina puede asegurarse que hoy día, la mayoría de los autores aceptan esta tesis Ecléctica.

Tesis aceptada en la legislación salvadoreña.

El Código de Napoleón, como hemos visto, adoptó la teoría de Pothier, al estimar la Cláusula Penal como una liquidación convencional de daños y perjuicios; y no obstante ello, y el haber sido el código francés inspiración del Código Chileno y éste fuente directa del derecho civil positivo Salvadoreño, estimamos en desacuerdo con la opinión del pro-

fesor de la Universidad de Montevideo, Doctor Jorge Peirano Facio, que el legislador chileno y por ende el nuestro, se apartó sustancialmente del criterio de que se saturó el Código Napoleónico.

En ese mismo sentido, lamentamos discrepar también de la doctrina sentada por la Honorable Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro, en la sentencia pronunciada a las diez horas del día treinta de Diciembre de mil novecientos veinticuatro, que dice: "La naturaleza jurídica de la Cláusula Penal es la liquidación voluntaria y anticipada que las partes hacen de los daños y perjuicios por la inejecución de la obligación principal....."

Las razones que nos asisten para ello son las siguientes: aunque eventualmente la Cláusula Penal en el código civil patrio, tiende a la compensación de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación principal o por el retardo en su ejecución, razón que podría inducir a creer que la Cláusula Penal entre nosotros no es más que una liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios, lo cierto es que tal instituto en el Código Civil Salvadoreño, tiene sus propios caracteres que la diferencian fundamentalmente de la indemnización de los daños y perjuicios.

El Art. 1406 dice: que la Cláusula Penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar, o hacer al-

go en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución.

Como se ve, el Artículo que define la Cláusula penal, no dice, como no lo dicen las demás disposiciones, que ésta sea la compensación de los daños y perjuicios experimentados por el acreedor por no haberse cumplido o haberse retardado la ejecución de la obligación principal. En el código francés, en cambio, el Art. 1229 expresamente dice, como hemos visto, que la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la inejecución de la obligación principal.

Por otra parte nuestro código en su Art. 1413 dispone: que habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

Para que se incurra en la pena, no es necesario pues, que el acreedor pruebe que la inejecución de la obligación principal le ha ocasionado perjuicios ni la cuantía de éstos. Este principio constituye la diferencia fundamental entre la cláusula penal y la indemnización de perjuicios que se liquidan por el Juez, caso en el cual deben probarse tanto los perjuicios como su monto; y por último el Art. 1414 faculta a los contratantes para que si lo tienen a bien, la pena pueda acumularse con los perjuicios.

Tales son las características que diferencian la Cláusu

la penal de la indemnización de perjuicios; diferencias éstas que no se encuentran en la legislación francesa.

De lo expuesto concluimos que, el Derecho Positivo Salvadoreño rechaza la teoría francesa de la asimilación de la cláusula penal a la liquidación convencional de daños y perjuicios por incompleta, aceptando en nuestra opinión la tesis en que concurren la función punitiva y la resarcitoria.

La función punitiva coaccionando el cumplimiento de la obligación y estableciendo el castigo del deudor que ha dejado de cumplirla; y la función reparadora, liquidando anticipadamente los daños y perjuicios.

Al aceptarse esta teoría en nuestro Código Civil, queda de hecho justificada la existencia de la Cláusula penal, como institución autónoma en el derecho positivo Salvadoreño, debiéndose considerar como una de tantas modalidades a que pueden estar sujetas las obligaciones.

----- -oOo- -----

CAPITULO IV

DEFINICION Y CARACTERES DE LA CLAUSULA PENAL

Distintas son las definiciones que los autores han dado de la Cláusula Penal, pudiendo decirse que esa diversidad es triba fundamentalmente, en los diferentes criterios que --- acerca de la naturaleza de la misma se han sustentado. Esos criterios como hemos visto, varían desde el de simple liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios, hasta el de aseguramiento de una obligación incluyendo desde - luego la tesis intermedia de que se ha hablado.

+ Para Pothier, la Cláusula penal es aquella que nace de la cláusula de una convención en virtud de la cual una perso- na para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se - obliga por medio de una pena, a cualquier cosa en caso de - inejecución de ese compromiso.+

La definición de Pothier se incorporó en el Art. 1226 - del Código de Napoleón en los siguientes términos: "Cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar la - ejecución de un contrato, se obliga a alguna cosa en caso de faltar a su cumplimiento". Esta definición ha sido duramente criticada por Marcelo Planiol como queda dicho, cuando afirma que ella no es más que el producto de la sobrevivencia - del derecho romano; pero que en el estado actual del dere- - cho, no puede decirse que la Cláusula Penal, tenga por fin - asegurar el cumplimiento de una convención. Creemos que la -

tesis de este autor es consecuente con el Derecho positivo francés; pero no con legislaciones como la nuestra, en donde la Cláusula Penal, según vimos, es de naturaleza diversa, al criterio adoptado al respecto por el legislador francés. Planiol define la Cláusula Penal, como la determinación que las partes hacen por sí mismas y por anticipado del importe de la indemnización que se habrá de abonar en caso de incumplimiento, o de retraso en el cumplimiento de la obligación. La definición de Planiol como puede verse, sí encaja perfectamente en el sistema que sobre la naturaleza de la Cláusula Penal adoptó el Código Napoleónico.

+ Para Roberto De Ruggiero, la cláusula penal es la convención accesoria que las partes añaden frecuentemente a otra obligación (principal) para asegurar el cumplimiento de la misma, o con la cual se promete una prestación especial a cargo del deudor para el caso de incumplimiento o mero retardo. +

En nuestro Código Civil, el Art. 1406 define la Cláusula Penal como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución.

De esta definición de la cláusula penal, se desprenden los siguientes caracteres:

Primero.- La cláusula penal es una obligación subsidiaria en el sentido de que solamente tiene lugar a falta de

otra obligación. Consecuencia de ello es que, cuando una obligación se estipula con cláusula penal, el acreedor no puede rechazar la oferta de pago que le hace el deudor, para exigir en su lugar la pena; pues solamente cuando la obligación no se haya ejecutado, o se haya retardado su cumplimiento, es que nace su derecho para poder demandar ésta. En virtud de este mismo carácter de la Cláusula Penal, el deudor tampoco podrá ofrecer la prestación objeto de la pena, en lugar de la obligación principal, puesto que si se le permitiera ello, degeneraría la obligación que se pretende asegurar con la cláusula penal, en una obligación alternativa. Estos principios los encontramos consignados en nuestro Código Civil Art. 1408, al prescribir que "antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar la pena; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio."

Sin embargo se hace necesario aclarar que el carácter de subsidiaria de la Cláusula Penal una vez realizado el evento a que se sujeta, solamente lo tiene, en aquellas situaciones en que ha sido estipulada para el caso de incumplimiento de la obligación a que accede; pero no, cuando se ha convenido para casos de simple retardo, pues entonces, el acreedor puede al mismo tiempo demandar la obligación principal y la pena, no pudiéndose decir en consecuencia, que la obligación penal venga en defecto de la obligación princi-

pal. Tampoco tendría el carácter de subsidiaria, cuando se -
hubiere pactado, que por el pago de la pena, no se entienda
extinguida la obligación principal; el expresado artículo -
1408 en su segunda parte agrega "a menos que aparezca haber-
se estipulado la pena por el simple retardo o a menos que se
haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda ex
tinguida la obligación principal".

➤ Segundo Carácter: Desde otro punto de vista, la cláusula penal es una obligación de carácter accesorio, pues está subordinada a la existencia de las obligaciones a que accede, no teniendo en principio valor propio, independiente de otra obligación. De este carácter resultan las siguientes importantes consecuencias:

a) Extinguida la obligación principal, se extingue la -
cláusula penal. En efecto, siendo el fin de la cláusula penal asegurar el cumplimiento de una obligación, es claro que si ésta se extingue por cualquiera de los modos determinados por la ley (pago, remisión, compensación, etc.), la cláusula penal debe de extinguirse también pues ya no tendría razón -
de ser.

Sin embargo, a pesar de ser la cláusula penal, una obligación accesorio, ella puede extinguirse por si sola aun subsistiendo la obligación sobre la que incide; tal sería el -
caso en que una persona se obligara a entregar a otra cierta cantidad de dinero; prometiendo en caso de incumplimiento de su obligación, entregar el radio que tiene en su casa. Si en

estas condiciones, el radio se destruyera por caso fortuito, la pena se extingue, quedando en consecuencia la obligación de entregar la cantidad de dinero, subsistente; pero sin garantía.

b) La nulidad de la obligación principal trae consigo la de la Cláusula Penal; pero la nulidad de ésta, no lleva la de la obligación principal.

Antes de dedicar algunas palabras a esta consecuencia del carácter accesorio de la cláusula penal, queremos hacer la siguiente aclaración: si bien es cierto, por lo menos en nuestro Código, que la nulidad está comprendida entre los modos de extinción de las obligaciones, y por consiguiente aun que fuera desde un punto de vista general se ha tratado de ella en la letra anterior, la estudiaremos como una consecuencia distinta a la que hemos expuesto en esa letra por dos razones: primero, porque al tratar de la cláusula penal, las diversas legislaciones solamente hacen alusión a la nulidad y no a la extinción; y en segundo lugar, porque dentro de una sistemática jurídica, la nulidad no debe de considerarse como causa de extinción de obligación; puesto que cuando una obligación se declara nula, se entiende que ella no ha tenido jamás existencia y mal puede extinguirse lo que nunca ha existido.

La consecuencia que hoy tratamos, tiene por fundamento el mismo principio que la anterior, o sea el de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Dentro de esta idea

tenemos que sería nula aquella cláusula penal, estipulada para el caso de que no se diera muerte a una persona, pues -- siendo nula la obligación principal por tener un objeto ilícito, lo sería igualmente la obligación penal destinada a asegurar su cumplimiento. La razón es obvia: no podría demandarse una pena por motivo de no haberse cumplido una obligación, que conforme a derecho no puede cumplirse.

Pero si lo accesorio sigue la suerte de lo principal, - lo principal no sigue la suerte de lo accesorio y por ello - la nulidad de la cláusula penal, no puede implicar la nulidad de la obligación principal.

Este principio lógico, que ha sido aceptado unánimemente en el derecho positivo, lo ha sido también en el campo - de la doctrina con la única excepción de la tesis de Hérbert, para quien, si la cláusula penal tiene por objeto una prestación contraria a la ley, a la moral o al orden público, no debe aceptarse su validez como tampoco la de la obligación a que accede, pues estando ambas, dice, tan estrechamente unidas, el propósito torpe de la cláusula penal contamina la intención misma que busca: el cumplimiento de la obligación principal.

Bajo el aspecto puramente valorativo, idealista, del derecho esta tesis de Hérbert, podría defenderse; pero desde el punto de vista eminentemente lógico, tal idea no es aceptable.-

c) La prestación prometida por medio de la Cláusula -

penal, será divisible o indivisible, según lo sea la prestación objeto de la obligación principal.

Es ésta, otra consecuencia del carácter accesorio de la cláusula penal y en virtud de ella si la obligación principal tuviere por objeto una cosa divisible, la pena también será divisible entre todos los deudores, o entre todos los herederos del deudor.

De conformidad con este principio, si uno de los herederos del deudor, por ejemplo, contraviene la obligación en la parte que le corresponde, incurrirá en la pena estipulada; pero no por el total, sino que a prorrata de su respectiva cuota.

Si por el contrario, la obligación principal tuviere por contenido una cosa indivisible, la pena revestirá ese mismo carácter aunque por su propia naturaleza no lo fuera; y entonces el heredero por cuya culpa no se ha realizado el pago total, responderá por toda la pena; y

▶ d) La acción que dimana de una obligación penal prescribe junto, esto es, en el mismo lapso en que prescribe la acción que procede de la obligación principal. Nuestro Código Civil, expresamente consigna esta consecuencia, en el Art. 2225 que dice: "La acción hipotecaria y las demás que procedan de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden". Por el hecho de estar comprendida la prescripción en nuestro sistema legal, entre los modos de extinguirse las obligaciones, podría creerse como lo hicimos

notar al tratar de la nulidad, que esta consecuencia quedaba ya incluida en los casos de la letra a) o sea en aquellos en que, por la extinción de la obligación principal se extingue la Cláusula penal; sin embargo la tratamos en particular porque en realidad la prescripción no es modo de extinguir las obligaciones, sino tan sólo una manera de debilitar, o mejor dicho, de negar eficacia a la acción que intentare el acreedor; dígalo si nó, el numeral 2º. del artículo 1341 del Código civil nuestro, en donde se considera a las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción, como obligaciones naturales, esto es, obligaciones, aunque no confieran derecho para exigir su cumplimiento; pero que una vez cumplidas, autorizan para **retener** lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Tercer Carácter: El contenido de la Cláusula penal es inmutable; tal inmutabilidad consiste en que la cláusula penal por regla general, establece anticipadamente y en forma invariable la indemnización a que se sujeta el deudor para los casos de inejecución o de retraso en el cumplimiento de la obligación. En este sentido cuando la pena se vuelve -- exigible y se hace efectiva, el deudor estará obligado a -- satisfacer su prestación en la forma y cuantía establecida, aunque se probare que el perjuicio ocasionado al acreedor -- es inferior a la pena ofrecida y aún en el caso de que la -- falta de cumplimiento de la obligación no le hubiere producido ningún perjuicio.

taciones que contiene sean lícitas y posibles, pues si entre todas las prestaciones ofrecidas en forma alternativa, solamente una de ellas reuniera esos requisitos, tales obligaciones perderían su carácter y quedarían reducidas a obligaciones puras y simples, en la que el deudor quedaría obligado a una sola cosa (la prestación lícita).- En nuestro Código encontramos tal principio al expresar en el Art. 1374, que si una de las cosas alternativamente prometidas, no podía ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras, y si una sola resta, el deudor es obligado a ella.

Expuesto lo anterior, entremos a establecer las diferencias existentes entre la obligación alternativa y la obligación con Cláusula Penal.

Volvamos al ejemplo que hemos dado de obligación alternativa:

Pedro se obliga para con Juan, a darle una casa o cincuenta mil colones:

En cambio sería obligación con Cláusula Penal ésta: Pedro se obliga para con Juan a darle una casa; pero para el caso de incumplimiento, se obliga a pagarle cincuenta mil colones.

Como puede verse, la semejanza entre ambas obligaciones, son grandes, pues en los dos casos, el acreedor deberá recibir o la casa o los cincuenta mil colones.

Y si a ello añadimos los supuestos de que, la obliga-

ción alternativa se hubiera pactado en el sentido de que la elección de la prestación correspondiera al acreedor, y por otra, que en la obligación con Cláusula Penal hubiere llegado a realizarse el evento del incumplimiento de la obligación principal, tendríamos en los ejemplos propuestos, que Juan (acreedor) puede a su arbitrio exigir o la entrega de la casa, o el pago de los cincuenta mil colones. Entonces podríamos concluir que ambas obligaciones son idénticas; sin embargo las diferencias son esenciales entre ellas y son las que determinan la independencia de una institución frente a la otra.

En la obligación con Cláusula Penal, existen dos obligaciones: una principal y presente, la que en el ejemplo propuesto tiene Pedro de entregar a Juan una casa; y otra accesoría y eventual sujeta al incumplimiento de aquella, o sean los cincuenta mil colones para el caso de que no se entregue la casa.

Si ese incumplimiento llegare a realizarse, tendríamos dos obligaciones puras y simples, entre las que el acreedor puede elegir, y sólo accidentalmente tendría acción para exigir el cumplimiento de ambas (Cuando se estipule por el simple retardo, o cuando se convenga que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal).

En la obligación alternativa, en cambio, no existe más que una sola obligación, la que comprende dos o más prestaciones o dicho en palabras más certeras, una sola obligación

con una prestación indeterminada entre dos o más, cuya elección corresponde al promitente, a menos que se haya pactado lo contrario.

Según queda dicho, si una de las cosas alternativamente prometidas no puede ser objeto de la obligación o llegare a destruirse, la obligación del deudor, subsiste sobre el objeto no destruido o de posible ejecución.

Tratándose de la Cláusula Penal para las mismas circunstancias, tendríamos los efectos siguientes: Si el objeto que constituye la prestación de la obligación principal es imposible de cumplirse o es ilícito, la obligación, queda extinguida y la cláusula penal que es su consecuencia, no tiene ya ningún efecto.

Una última diferencia encontramos entre las obligaciones alternativas y las con Cláusula Penal, y es que, en éstas, se puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, al menos en los casos en que se estipule para el simple retardo, o cuando se convenga que por el pago de la pena, no se entienda extinguida la obligación principal. No ocurre lo mismo en las obligaciones alternativas en las que nunca puede demandarse más que una de las prestaciones comprendidas en ella.

La Cláusula Penal y las Obligaciones Facultativas.

Obligación Facultativa es, dentro de nuestro cuerpo legal, aquella que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o

con otra que se designa.

Ejemplo de esta clase de obligaciones, sería aquella - por la cual una persona se obliga para con otra a entregarle un automóvil; pero reservándose la facultad de cumplir tal - obligación entregando cinco mil colones.

En la obligación facultativa, existe pues, un solo objeto debido; pero con la facultad para el deudor, en el momento del pago, de librarse de la obligación, entregando a - su acreedor otra cosa previamente designada en el contrato.- De esto se deduce que el acreedor únicamente podrá demandar el objeto debido, el automóvil en el ejemplo, y si este objeto llegara a perecer, la obligación del deudor se extinguiría, no obstante que el objeto que se designa en el contrato como facultad del deudor para solucionar la obligación subsiste. Con la obligación facultativa, lo que tienen en mira los contratantes es hacer menos incómoda la situación del - deudor, al permitirle no ejecutar la prestación in obligatione, toda vez que se avenga a ejecutar en su lugar otra prestación que se designa en el contrato y que se encuentra In - Facultatis Solutione.

Como puede notarse de las pocas palabras que hemos dedicado a las obligaciones facultativas, sus semejanzas con - las obligaciones penales, son bastante marcadas. En primer - lugar advertimos que tanto una como otra comprende dos prestaciones y luego que en el caso en que la prestación de la - obligación del deudor desaparezca, se extingue con ella la -

obligación contenida en la Cláusula Penal o la obligación de bida in facultatis solutione, según se trate de obligaciones con Cláusula Penal, o de obligaciones facultativas.

Vistas las semejanzas de ambos institutos, pasemos ahora a establecer las diferencias existentes entre ellos: Una, pero muy importante: La obligación facultativa como hemos dicho, se estipula con esa modalidad teniendo en mente favorecer al deudor, desde luego que el fin que con tal modalidad se persigue, es el de facilitar a éste, una manera más de solucionar su obligación; en cambio la obligación con cláusula penal, tiende a favorecer al acreedor al garantizar le el cumplimiento de su obligación (crédito) principal.

Esta diferencia se deduce de los principios siguientes: El deudor en las obligaciones con Cláusula Penal, no puede a su arbitrio ofrecer la prestación a que se contrae la pena, en vez de la prestación que se determina en la obligación principal; no así en la obligación facultativa en la que el deudor puede optar o bien entregar a su deudor la cosa puesta in obligatione, o bien entregando la cosa que se encuentra in Facultatis Solutione.

Desde otro punto de vista, tenemos que el acreedor en las obligaciones con Cláusula Penal, una vez que el deudor haya dejado de cumplir la obligación principal, puede demandar a voluntad suya o el cumplimiento de ésta, o la pena pactada; cosa que tampoco ocurre en las obligaciones facultativas en donde el acreedor tiene limitado su derecho, a exi-

gir el objeto debido, el objeto in obligatione; pero no el objeto designado en favor del deudor para solucionar su compromiso.

La Cláusula Penal y las Obligaciones Condicionales.

Obligación condicional es la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. Art. 1370.

Es obligación condicional la siguiente: Una persona promete a otra mil colones si gana el premio mayor en la lotería.

Pothier define la condición como un acontecimiento futuro e incierto que puede llegar o no llegar y del cual depende la obligación.

Dos son los elementos de una condición, que el hecho a que se sujeta sea futuro y que sea además incierto; siendo este último elemento, el que da su verdadero carácter a la condición pues de todas las modalidades a que puede sujetarse una obligación, solamente la condición tiene el carácter de incierta.

Para el propósito que nos guía creemos necesario traer a cuenta la más importante clasificación de las condiciones. Dicha clasificación distingue la condición suspensiva de la resolutoria. Sin entrar en las discusiones sobre si toda condición es en el fondo suspensiva, veamos lo que generalmente se entiende por una u otra clase de condición. La condición -

se llama suspensiva cuando todos los efectos de la obligación están en suspenso; y resolutoria cuando la obligación produce desde un principio todos sus efectos, extinguiéndose éstos cuando la condición llega a realizarse. Nuestro Código Civil nos da las siguientes definiciones: "La condición se llama suspensiva, si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho".-

Basta con lo dicho, para que resalte a la vista, la semejanza existente entre la obligación condicional y la obligación penal. Esa semejanza estriba sobre todo en que la pena se hace exigible cuando una condición se ha realizado, y esa condición la constituye el incumplimiento o inejecución de la obligación principal. Por eso se afirma que la pena es siempre condicional y que la condición a que está sujeta es de carácter suspensivo.

Sin embargo de esa semejanza, las diferencias entre una y otra institución son notables mediante un estudio más detenido.

La simple expresión "Cláusula Penal", supone forzosamente la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento, aquella está destinada a asegurar. Esta obligación principal no está sujeta a condición alguna, y es completamente independiente de la Cláusula Penal que la garantiza. No sucede igual cosa con la obligación condicional, en la que la obligación con todos sus efectos, está en suspenso, y si el

Este principio fué admitido en el Derecho Romano, el que no otorgaba a los Jueces la facultad de moderar la pena estipulada. En Roma la pena se ofrecía mediante el modo de contratar llamado Estipulación, se pactaba entonces en los contratos verbis, lo que le daba el carácter de derecho estricto y por consiguiente debía de cumplirse limitándose a la interpretación rigurosa de las palabras empleadas, sin poderse inspirar en la equidad.

Estos principios extremistas del derecho romano, provocaron una reacción en los juristas del siglo XVI y Dumoulin fué de parecer que los Jueces en determinados casos pudieron hacer una reducción de la pena, sobre todo para los de incumplimiento parcial de la obligación a que aquella accedía y luego para los casos de usura a que se prestó la Cláusula Penal.

Como cuarto y último carácter de la cláusula penal, podemos señalar el ser ella una garantía personal, en oposición a las garantías reales en las que se afecta una cosa para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

En efecto, por medio de la cláusula penal, una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una prestación que consiste en dar, hacer o no algo.

Se dice que la cláusula penal es una garantía porque su fin es el aseguramiento de una obligación y que es garantía personal porque el que se obliga con ella toma sobre sí una obligación en provecho de otro que adquiere de él, un dere-

cho o crédito personal.

----- -oOo- -----

CAPITULO V

LA CLAUSULA PENAL Y OTRAS INSTITUCIONES SEMEJANTES:

SUS DIFERENCIAS:

Estudiada la naturaleza y los caracteres de la Cláusula Penal, tócanos ahora establecer su diferencia respecto de - otras obligaciones con las que tiene grandes analogías. Con ello lograremos determinar su fisonomía propia en el ámbito del Derecho Civil.

Nos referimos a las obligaciones alternativas, a las facultativas y a las condicionales.

Con la idea de exponer en la mejor forma que nos sea - posible el presente tema, trataremos de ir dando en el momento oportuno, un concepto de cada una de esas instituciones - para luego entresacar sus analogías y diferencias con la - Cláusula Penal.

La Cláusula Penal y las Obligaciones Alternativas.

Para Pothier, obligación alternativa es aquella por la cual una persona se obliga a dar o a hacer varias cosas, con la salvedad de que el pago de una cosa lo libertará de todas.

En nuestra legislación, la obligación alternativa se define como aquella por la cual se deben varias cosas de tal manera que la ejecución de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras.

Sería obligación alternativa la siguiente:

Pedro se obliga para con Juan, a darle una casa o cincuenta mil colones.

Los Jurisconsultos antiguos, eran de parecer que todas las prestaciones debidas en forma alternativa, se encontraban in obligatione; pero Dumoulin, y con él los autores modernos, se apartó de esa idea para sostener que solamente la prestación sobre la que recae la elección que determina el derecho del acreedor, debe de considerarse in obligatione, puesto que no puede decirse que todas las cosas que la obligación alternativa comprende, se deban para ser efectivamente pagadas.

Dos son los caracteres esenciales de la obligación alternativa: Primero, que se estipule una pluralidad de prestaciones; y segundo, que el deudor se exonere de todas ellas, ejecutando una sola prestación.

En esta clase de obligaciones, la elección de la cosa que ha de liberar al deudor de la ejecución de las otras, corresponde a éste, salvo que se haya pactado que la elección corresponda al acreedor.

Para que pueda hablarse de obligación alternativa, es requisito indispensable de que por lo menos dos de las pres-

hecho previsto como condición no llega a realizarse, no existirá en definitiva ninguna obligación y como consecuencia ningún derecho para el acreedor.

Toullier citado por Laurent, ha explicado con un ejemplo que se ha vuelto clásico y que es reproducido por la mayoría de los autores que tratan este punto, las semejanzas y diferencias que existen entre la obligación penal y la obligación condicional.

El ejemplo y explicación de Toullier son los siguientes: "Os prometo 600 francos si no destruyo tal árbol que os molesta". Es ésta una obligación condicional que no os da ningún derecho actual contra mí, sino un derecho eventual incierto, puesto que no estoy obligado a pagaros los 600 francos, sino en el caso de que no destruya el árbol y no podréis obligarme a tirarlo porque no me obligué a ello y únicamente, 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 obligarme a tirar el árbol porque me obligué, y podréis también demandar al Juez la autorización de destruirlo a mis expensas, 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 que en caso de que la obligación principal no se

cumpla; mas la pena no hace condicional la obligación principal, porque esa es pura y simple y el acreedor no tiene necesidad de dirigirse al Juez para hacer valuar los daños y perjuicios a que tiene derecho, porque fueron valuados previamente en la cláusula penal".

Otras Instituciones Civiles que presentan Analogías con la Cláusula Penal.

Existen además otras instituciones en el derecho civil que presentan también semejanzas con la Cláusula Penal, ellas son la fianza y las arras. Establezcamos pues los puntos de contacto de éstos con aquella, para luego sentar sus diferencias.

La Fianza: Antes de entrar en nuestro objetivo, es preciso hacer constar que cuando se trata de establecer semejanzas y diferencias entre la fianza y la Cláusula Penal es considerando a ésta no en el sentido en que se usa corrientemente, es decir como una convención celebrada entre el acreedor y deudor principales, sino cuando la Cláusula penal es pactada por un tercero ajeno a la convención principal.

La fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte si el deudor principal no la cumple. Art. 2086 Código Civil Salvadoreño.

Como puede notarse de la definición transcrita, la fianza al igual que la cláusula penal, son obligaciones acceso--

rias que tienden a asegurar a otra obligación principal. Esta similitud ha inducido a algunos autores entre otros Díaz Payró a sostener que la Cláusula Penal no puede ser pactada por un tercero ajeno a la obligación principal, pues en este caso vendría a confundirse irremisiblemente con la fianza. Sin embargo, tales instituciones tienen sus perfiles propios que hacen de ellas dos obligaciones enteramente diferentes.

En las obligaciones con Cláusula Penal, tenemos dos Obligaciones, una principal que es presente y otra eventual: la pena; pues bien, estas dos obligaciones son de naturaleza diferente la una de la otra; en cambio tratándose de la fianza tenemos que la obligación del fiador es de idéntica naturaleza que la obligación del afianzado ya que el compromiso del fiador es una simple suplencia de la obligación dejada de cumplir por el deudor principal.

Por otra parte, sabemos que cuando se estipula una pena, el promitente no se compromete a ejecutar la obligación que se pretende asegurar, sino que su obligación se contrae única y exclusivamente a la ejecución de la prestación objeto de la pena. Como una consecuencia de esta distinción resulta, que el promitente en la Cláusula Penal, puede obligarse en términos más gravosos que el principal obligado, principio éste rechazado en el instituto de la fianza, en donde el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal.

Por último, el tercero que llegado el caso pagara la -

pena a que se ha obligado, no tiene acción para repetir contra el principal deudor, por falta suya en el cumplimiento de la obligación principal; no así el fiador quien sí tiene acción contra el afianzado para el reembolso de lo que haya pagado por él, como intereses y gastos, tal como lo prescribe el Art. 2120 de nuestro Código Civil.

Las Arras: Don Luis Claro Solar trae la siguiente definición de Arras: "Se da este nombre a la prenda (caparra), en sentido lato (arrha) que se entrega por uno de los contratantes al otro, o que se deposita en manos de un tercero, en señal de la celebración de un contrato y con el fin, o simplemente de confirmar el contrato mismo, o de confirmarlo y asegurar su ejecución, convirtiéndose en caso de falta culpable de cumplimiento en liquidación de daños y perjuicios, o también y finalmente de procurar a una u otra parte, o a ambas, la facultad de desistir del contrato".

De la definición anterior se deduce que las arras tienen tres diversos fines y atendiendo a cada uno de ellos, las arras revisten tres formas distintas: a) arras puramente confirmatorias que se dan como prueba simbólica de la conclusión de un contrato; b) la prenda confirmatoria dada en concepto de liquidación anticipada de daños y perjuicios, y que participa de algunos caracteres de la Cláusula Penal; y c) - la Arra Penitentialis que consiste en una multa anticipada.

La característica común a las tres clases de arras que dejamos apuntadas, es que en ellas se hace una entrega pre-

sente y efectiva de una suma de dinero o de cualquier otra cosa y es precisamente este carácter el que las distingue de la Cláusula Penal, pues según lo hemos dicho en varias ocasiones, ésta no es más que una obligación accesoria que cobra existencia cuando la obligación en vista de la cual se ha estipulado, no ha recibido ejecución en su oportunidad, o ha dejado de cumplirse totalmente.

Para concluir el presente Capítulo nos referiremos a la doctrina sentada por la Honorable Cámara de 2ª. Instancia de la 2ª Sección del Centro, en sentencia de 30 de Diciembre de 1924. Tal doctrina es la siguiente: "Es obligación con **CLAUSULA PENAL** la que resulta de un contrato por el cual el deudor se compromete a otorgar en cierto plazo una escritura de venta de la mitad de un inmueble y caso de desistir del otorgamiento se comprometa a **DEVOLVER EL PRECIO DE LA PROMESA** con otra suma igual por vía de **MULTA**. La **MULTA** es lo que caracteriza la **PENA**; y caso que el deudor haya otorgado a un tercero la venta del mismo objeto prometido obrando así dentro de los términos del contrato, lo que debe **RECLAMARSE** es el **PRECIO** y la **MULTA** estipulada.

El contrato que motivó la anterior doctrina es el siguiente: una persona prometió dar en venta por la suma de \$450.00 que en el acto de otorgar la promesa se dió por recibidos, un inmueble rústico; obligándose a otorgar la escritura definitiva el día 15 de Enero de 1924. Se estipuló además que en caso en que desistiera de su compromiso, se obligaba

a devolver a su acreedor los \$450.00 que recibía más igual cantidad por vía de multa. En cambio si la parte acreedora desistía sería obligada a perder en beneficio del promitente los \$450.00 que tenía recibidos.

Lamentamos no estar de acuerdo con la doctrina de la Honorable Cámara, pues en nuestra opinión en el expresado contrato no existe obligación con cláusula penal; y mal podría haberla cuando la misma Honorable Cámara reconoce que en el caso en que el deudor vendiera a un tercero, el inmueble objeto de la promesa, el acreedor solamente podría reclamar el precio ya satisfecho y la multa estipulada; pero no el otorgamiento de la escritura de venta, esto es, la obligación principal, pues al haberse vendido el inmueble obraba dentro de los términos del contrato.

Como queda indicado, en las obligaciones con Cláusula Penal, cuando se ha realizado el evento para el cual se estipula la pena, nace para el acreedor el derecho de reclamar a su arbitrio, o bien el cumplimiento de la obligación principal o bien la pena, derecho que por las mismas razones que expone la Cámara no tenía lugar en el caso cuestionado. Por ello nos inclinamos a creer que el tantas veces mencionado contrato lo que en realidad contiene, es una obligación facultativa pues los \$450.00 que según los términos usados se deberían como multa, no son más que una obligación que se designa en favor del deudor facultándosele para que con ella pueda solucionar su obligación principal; ya que como deja--

mos dicho, la diferencia fundamental que existe entre la obligación facultativa y la Cláusula penal, es que la primera, se estipula teniendo en mira favorecer al deudor y la segunda favorecer al acreedor, al garantizar el cumplimiento de su obligación (crédito) principal.

----- -oOo- -----

CAPITULO VI

MANERA DE CONSTITUIR LA CLAUSULA PENAL

Es el presente punto, uno de los más debatidos en el campo de la doctrina jurídica, pues los autores no han llegado a un acuerdo respecto al negocio jurídico con que puede establecerse una Cláusula Penal. Unos, son de parecer que sería un error el estimar, que la cláusula penal solamente puede constituirse convencionalmente mediante un contrato, pues la voluntad unilateral puede en ciertos casos establecer Cláusulas Penales. Como ejemplo de ello citan la facultad del testador de imponer penas al heredero para los casos en que éste no cumpliera cierto hecho, ordenado en el testamento. En este sentido traen a cuenta la institución romana conocida bajo el nombre de "Legado Pene Nomine". Era éste, un legado impuesto al heredero a título de pena para los casos en que éste realizara cierto hecho. El testador decía: "heredero mío, si vendes al esclavo Estico, darás cien escudos de oro a Ticio".

Este criterio es defendido entre otros, por De Ruggiero Ferreira y Windcheid. Para el último de los autores citados, la cláusula penal puede además ser establecida por el Juez a cargo de una de las partes.

Otros autores, en cambio sostienen que la Cláusula Penal únicamente puede ser constituida mediante una convención de las partes, es decir que es de origen eminentemente con-

tractual. Esta idea ha sido defendida por Giorgi para quien el estudio de la Cláusula Penal debe hacerse en el tratado de los contratos.

En lo que atañe a nuestro sistema legal, somos de opinión, que en él, únicamente tiene cabida la tesis contractualista excluyendo en consecuencia aquellas penas procedentes de la voluntad unilateral de un sujeto.

Creemos que de consignarse en un testamento una asignación bajo la modalidad de una pena, tal asignación debe estimarse en todo caso como condicional y por tanto sujeta a las reglas "De las asignaciones testamentarias condicionales", negar lo que afirmamos significaría, en nuestro criterio, adoptar una posición ajena al principio aceptado en el Derecho moderno en lo que respecta a los términos sacramentales, en donde la exigibilidad de éstos ha caído en desuso.

Así, para nosotros, tan condicional es la asignación. Sea Mauricio mi heredero con la condición de que no impugne mi testamento; que ésta: Sea Mauricio mi heredero, pero bajo la pena de perder su derecho si impugna mi testamento; aunque en esta última asignación se emplee la palabra "pena" en lugar de "condición.

En nuestro Código Civil la institución de la Cláusula Penal, únicamente está reglamentada cuando su origen es contractual así se deduce de la definición que de ella nos da el Art. 1406 al decir que "La Cláusula Penal, es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obliga

ción, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución.

En efecto, para la disposición citada, es necesario que el obligado por la Cláusula Penal consienta en su obligación, no otra cosa se deduce de la frase "se sujeta a una pena".

Obligaciones en razón de las cuales puede constituirse la Cláusula Penal.

Si la Cláusula penal tiene como queda dicho, un carácter eminentemente contractual, las obligaciones en vista de las cuales aquella se estipula, pueden proceder de otra fuente distinta del contrato.

Al respecto podemos decir, que aparte del Código de Napoleón que expresamente establece que la Cláusula penal se estipula para asegurar la ejecución de un contrato, los demás cuerpos legales que en lo referente hemos tenido la ocasión de consultar, adoptan un criterio más amplio cuando disponen que la pena se conviene para asegurar el cumplimiento de una obligación, sin distinguir la fuente de donde ésta proceda, pudiendo por consiguiente generarse según ellas, no solamente de un contrato, sino también de un delito, de un cuasi contrato, etc.

La Cláusula Penal y las Obligaciones Naturales.

Las obligaciones naturales pueden perfectamente garantizarse por medio de una cláusula penal; pero es condición -

indispensable para que ésta produzca sus efectos, que sea -
estipulada por una tercera persona distinta del principal -
obligado. De esta manera resultan un acreedor con dos deudo-
res diferentes: uno obligado naturalmente, el otro deudor de
una obligación civil.

La doctrina aunque no en forma unánime, ha rechazado la
validez de la Cláusula penal destinada a asegurar una obliga-
ción natural, cuando aquella es estipulada por y a cargo del
mismo deudor principal.

La razón que para ello se ha dado es que si se otorgara
validez a una cláusula penal estipulada en esas circunstan-
cias, se burlaría el propósito que se ha tenido en mente con
respecto a las obligaciones naturales pues sería suficiente
que se les agregara una cláusula penal, para volverlas civil-
mente exigibles aunque en forma indirecta.

En el Código Civil Salvadoreño es el Artículo 1347 el -
que contempla la situación que estudiamos. Dice así el expre-
sado Artículo: "Valdrán las fianzas, hipotecas, prendas y -
cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad -
de una obligación natural comprendida en alguna de las cua-
tro clases expresadas en el artículo 1341, con tal que al -
tiempo de constituir las hayan tenido conocimiento de la cir-
cunstancia que invalidaba la obligación principal.

CAPITULO VII

EXIGIBILIDAD DE LA PENA

° La Cláusula Penal, según ya vimos, es una obligación accesorio a una obligación principal cuyo cumplimiento trata de asegurar. Su contenido es una pena, y se pacta generalmente para los casos de inejecución o de retardo de la obligación asegurada.

Por su carácter pues, está subordinada a una obligación principal y sometida a la condición del incumplimiento o retraso de ella. Determinar el momento preciso en que la pena se vuelve exigible, o bajo otro aspecto, el momento en que el deudor incurre en ella, es el objeto que aquí nos proponemos.

Ante todo, preciso será distinguir por razones de orden entre las obligaciones positivas y las negativas, o sea aquellas obligaciones que consisten en dar o hacer alguna cosa y aquellos cuyo objeto es, no hacer una cosa.

Principiemos afirmando que tanto en una como en otra clase de esas obligaciones, la pena se hace exigible bajo las mismas condiciones y con sujeción a las mismas reglas en que pueden exigirse los daños y perjuicios. La razón de ello, según la doctrina francesa, está en que considerándose se la Cláusula Penal con una función exclusivamente indemnizatoria, ella se resuelve en una liquidación convencional de los daños y perjuicios que se ocasionan al acreedor con

la falta de cumplimiento de la obligación. Pero en legislaciones como la nuestra en la que la Cláusula Penal sólo incidentalmente tiende a la compensación de los daños y perjuicios, el porqué la exigibilidad de la pena está sujeta a los mismos principios que regulan los daños y perjuicios, lo explica el hecho siguiente: las partes al concurrir libremente a la estipulación de una pena, lo hacen para casos de incumplimiento de una obligación principal, es decir, que la obligación penal, la sujetan a la condición de que la obligación principal no se cumpla en su oportunidad; ahora bien, ese incumplimiento solamente puede determinarse probando que el deudor está en mora, si se tratara de obligaciones de dar o hacer; o aportando probanzas de la ejecución del hecho de que debió abstenerse el deudor en las obligaciones de no hacer, desde luego que en esta última clase de obligaciones mal puede hablarse de mora, cuando no puede haber tardanza en el cumplimiento de ellas; porque una de dos: o el deudor cumple su obligación absteniéndose de realizar el hecho, o la contraviene ejecutándolo.*

Exigibilidad de la Pena en las Obligaciones de dar o hacer alguna cosa.

En esta clase de obligaciones, el deudor incurre en la pena a que se ha sujetado cuando se ha constituido en mora.

En el Derecho Romano, según queda dicho, se establecía una diferencia en el sentido de considerar si la obligación estaba o no, sujeta a un término.

Si la obligación contenía un plazo dentro del que, el deudor debía cumplirla, la pena se debía de pleno derecho al expirar ese plazo, sin que fuera necesario que el acreedor interpelara, pues el día interpelaba por él (Dies interpellat pro homine).

En cambio, si la obligación no estaba sujeta a plazo alguno, el deudor no incurría en la pena, si no era por la *litis contestatio* de la demanda del acreedor.

Según Pothier, en el antiguo Derecho Francés, sea que la obligación primitiva contenga un término en el cual debe de ser cumplida, sea que no contenga ningún término es ordinariamente necesario una reconvención judicial para poner en mora al deudor y para dar lugar a la pena.

Estas prácticas del derecho Francés a las que se adhirió Pothier fueron tomadas por el Código Napoleónico al no hacer diferencias entre las obligaciones a plazo y las que no contienen plazo alguno y al prescribir que tanto en unas como en otras, el deudor no incurría en la pena por el solo vencimiento del plazo señalado; pero los intérpretes del Código francés admiten que el deudor esté en mora aunque no se haya interpelado al deudor, cuando la cosa que el deudor está obligado a dar o hacer, no podía ser dada o hecha sino en cierto tiempo que él ha dejado pasar.

En nuestro derecho positivo, el inciso primero del Art. 1409 dice: "El deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva; y el -"

deudor, según el Art. 1422 está en mora:

"1ª.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirla en mora: 2ª.- Cuando la cosa no ha podido ser dada y ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla: 3ª.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."

De la sola lectura de los artículos transcritos, resalta que en nuestra legislación civil, el deudor, en las obligaciones de dar y hacer, incurre en la pena cuando se ha constituido en mora; y que para incurrir en mora, salvo los casos de excepción, es necesario que aquél haya sido judicialmente reconvenido como tendremos la oportunidad de verlo más adelante.

Exigibilidad de la Pena en las Obligaciones de No hacer:

En esta clase de obligaciones, el deudor se compromete a no hacer, a abstenerse de algo y por consiguiente, deja de cumplir su obligación en el momento mismo que ejecuta o realiza el hecho cuya abstención **ha** prometido. Es por ello, que en esta clase de obligaciones no hay mora, pues no habiendo retardo, como hemos visto, y siendo éste un elemento indispensable de la mora, mal podría decirse que el deudor ha incurrido en ella. Pero si la mora no es posible en las obligaciones negativas, no hay duda que el deudor ha falta-

do a su compromiso, ha contravenido **la obligación**, al ejecutar el hecho que prometió no llevar a cabo. Por eso en las obligaciones de no hacer, tanto la indemnización de perjuicios, como la pena, según los casos, se deben desde el momento de la contravención del deudor.

Así lo dicen expresamente los Arts. 1428 e inciso 2º. - del Art. 1409.-

"Art. 1428.- Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer desde el momento de la contravención".

"Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

Para Pothier en las obligaciones de no hacer, hay que atender sobre todo a la intención de las partes contratantes para determinar cuales son los efectos de haber realizado el deudor el hecho de que prometió abstenerse.

Sobre el particular Pothier afirma: "si en una partición o transacción que hemos hecho nos hemos prometido recíprocamente a no volver sobre ella bajo pena de pagar cierta suma: después tú me demandas para que el acto se declare nullo; y la demanda es rechazada. Esta demanda te haría incurrir en la pena, a pesar de no haber logrado su objeto, porque lo que hemos entendido estipular es que no promoveríamos proceso alguno contra el acto. Al contrario si he estipulado de tí que no arrendarás tu casa contigua a la mía a ningún -

obrero que use martillo en su oficio, el arrendamiento que celebraras con un herrero, pero que queda sin efecto por una causa cualquiera no te haría incurrir en la pena que habíamos convenido para el caso de infracción, porque no se habría producido la incomodidad del ruido que yo deseaba evitar".

Por lo mismo que hemos dicho, que la pena se hace exigible bajo las mismas condiciones y con sujeción a los mismos principios que los daños y perjuicios, tenemos que aquella solamente es exigible cuando el deudor está en mora y cuando el incumplimiento de la obligación principal o el retardo de su ejecución sean imputables al deudor.

En ese sentido la doctrina se ha manifestado casi unánime al afirmar que para que el deudor incurra en la pena es necesario que el incumplimiento de la obligación principal le sea imputable, a no ser que éste en su estipulación haya tomado sobre sí, la fuerza mayor y el caso fortuito.

A pesar de lo expuesto, respecto a la necesidad de que la inejecución de la obligación principal sea imputable al deudor, es del caso señalar la circunstancia de, que, en la gran mayoría de los Códigos Civiles, entre ellos el nuestro, nada se dice al respecto, al tratarse de la Cláusula Penal.- El derecho positivo solamente habla de la necesidad de la mora; pero calla en lo concerniente a la culpabilidad del deudor; sin embargo, también es preciso apuntar que los diferentes intérpretes de los códigos civiles, están de acuerdo en

la necesidad de que la inejecución de la obligación principal, sea imputable al deudor. Lamentamos no poder traer a - cuentas jurisprudencia patria sobre el particular por no haberla encontrado; ignoramos si existe, pero creemos que en - caso de existir, nuestros tribunales habrán exigido además - de la mora del deudor, la culpabilidad de éste, en el retardo o incumplimiento de la obligación principal, para conde- - narlo en la pena estipulada en la obligación penal. Nos in- / duce a ello, en primer lugar, la razón expuesta de que la - pena se vuelve exigible bajo los mismos principios en que lo son los daños y perjuicios, para los que el Art. 1429 dispo- ne: "si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsa- ble de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse - al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse - demorado su cumplimiento.- La mora producida por fuerza ma- yor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjui- - cios.- Las estipulaciones de los contratantes podrán modifi- car esta regla".

En segundo lugar, nos hace pensar en la necesidad de la culpa del deudor en el incumplimiento de la obligación, los principios generales que informan a nuestra legislación res- pecto a la responsabilidad del deudor.- Art. 1418.

Estimamos de importancia transcribir en este momento, el Art. 677 del Código Civil Portugués, citado por Baudry Lacan

tinerie, como una excepción a todos los cuerpos legales que callan respecto a la necesidad de la responsabilidad del deudor, para que la pena estipulada se vuelva exigible. Dice así el expresado Art.: "La pena estipulada no se debe si el deudor fué impedido de cumplir su obligación debido al hecho del acreedor, al caso fortuito, o la fuerza mayor".- Como se ve para el Código Civil Portugués, es condición indispensable para que el deudor incurra en pena, que la obligación principal no haya podido verificarse por un hecho imputable al deudor. Por otra parte, contempla el caso concreto de que la inejecución se deba a culpa del acreedor, caso que tampoco se encuentra resuelto en la mayoría de los códigos civiles. Pothier sin duda siguiendo las enseñanzas del derecho Romano, es de opinión de que no puede haber lugar a la pena, cuando es el hecho del acreedor, el que ha obstaculizado al deudor cumplir con su obligación. Este criterio tampoco se encuentra consignado expresamente en el derecho positivo de los diversos países y la razón de ello según el mismo Baudry Lacantinerie, estriba en que sería algo inútil y redundante.

P A R T E S E G U N D A

CAPITULO VIII

LA CLAUSULA PENAL EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA

El Código Civil Salvadoreño reglamenta las obligaciones con cláusula penal en el Título XI del Libro IV que trata "De las Obligaciones en general y de los contratos".

Dicho título comprende diez artículos: del 1406 al 1415 ambos inclusives.

Como hemos indicado al tratar de la naturaleza de la cláusula penal, la teoría francesa sobre el particular, asimiló ésta a la liquidación convencional de daños y perjuicios. Esto indujo a los tratadistas franceses a sostener que daños y perjuicios convencionales y cláusula penal, son la misma cosa y que conveniente habría sido que el legislador hubiera tratado ésta en un apéndice de la sección relativa a aquellos.

Pero el legislador salvadoreño al rechazar la tesis francesa de la asimilación justificó en nuestro código la autonomía de la cláusula penal frente a la institución de los daños y perjuicios y la consideró como una de las tantas modalidades a que pueden sujetarse las obligaciones, lo que ameritó un título exclusivo para ella dentro del contenido de nuestro cuerpo legal.

En nuestro derecho positivo pues, la Cláusula Penal es

una estipulación accesoria que da a las obligaciones en razón de las cuales se estipula una modalidad especial y por ello se estudia bajo el título de "Las Obligaciones con Cláusula Penal".

Pero dentro de una sistemática jurídica ¿estará bien ubicado su estudio en la parte relativa a las obligaciones en general?

Comprendemos la trascendencia de la interrogante planteada, para que con nuestro humilde criterio nos aventuremos a externar opinión, ya que una contestación negativa equivaldría a opinar en favor del destierro de la Cláusula Penal del campo general de las obligaciones para ubicarla en otro lugar.

Sin embargo permítasenos el atrevimiento para responder a tal interrogante, y hacerlo en la forma que hemos previsto, esto es, negativamente.

Al tratar de la manera de constituir la cláusula penal, indicamos que en la legislación salvadoreña solamente puede establecerse mediante un contrato, excluyendo en consecuencia, aquellas penas procedentes de la voluntad unilateral; y nos fundamos para ello en la redacción del artículo 1406 que dice: "La Cláusula Penal es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución.

Por otra parte, la naturaleza de la Cláusula Penal en

el derecho salvadoreño, la constituye principalmente su tendencia a asegurar el cumplimiento de una obligación.

Son éstas las razones que nos inducen a pensar que la Cláusula penal en nuestro Código Civil pertenece más bien al campo especial de la contratación, que al campo de las obligaciones en general; debiendo en consecuencia ser estudiada como un contrato accesorio, que encontraría su clasificación en el Artículo 1313 del Código Civil, al igual que el contrato de fianza.

En las diversas ediciones de códigos civiles que desde 1860 se han sucedido en el país hasta la actual de 1948, el título correspondiente a las obligaciones con cláusula penal, ha sufrido muy pocas modificaciones en su articulado, pues solamente el contenido de los que hoy son los artículos 1406, 1409 y 1415 han sido objeto de reformas en el sentido que en su oportunidad veremos.

----- -oOo- -----

DE LAS OBLIGACIONES CON CLAUSULA PENAL

"Art. 1406.- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución".

Historia.

En el primer código civil salvadoreño (Edición de 1860), este artículo, bajo el número 1469 tenía por texto el siguiente: "Art. 1469.- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal."

Igual redacción contienen los Artículos 1477 de la edición de 1880 y 1521 de la edición de 1893. El legislador de 1902 empero, varió tal redacción dándole el texto que actualmente tiene el Art. 1406, habiéndose respetado esa variante en el código de 1912.

La reforma del Art. 1469 del Código de 1860, realizada en 1902, consistió como puede notarse en sustituir la frase "o de retardar la obligación principal", por las palabras siguientes: "La obligación principal o de retardar su ejecu-

ción".

La razón de tal reforma, la expresa la comisión en los siguientes términos: "La reforma tiene por único objeto corregir un defecto de redacción: No es la obligación la que se retarda, como dice el código, sino la ejecución o cumplimiento". Estamos de acuerdo con la reforma y sus motivos, pues aunque no fuera de fondo, se hacía necesaria.

El artículo que comentamos se concreta a dar la definición de lo que en nuestro sistema positivo debe entenderse por cláusula penal.

Obligación accesoria de garantía.

Del texto del artículo deducimos que la cláusula penal es en nuestro código civil, una obligación accesoria que se estipula con el objeto de garantizar el cumplimiento de una obligación; es además una garantía de carácter personal, pues su promitente toma sobre sí, una obligación que lo coloca en calidad de sujeto pasivo, frente y en provecho de otro, el acreedor (sujeto activo), que adquiere un derecho personal respecto de aquél. Esto no obsta sin embargo, para que de conformidad con el Art. 1412, la obligación penal pueda a su vez garantizarse hipotecariamente.

Del carácter accesorio que en nuestra legislación revis^{te} la cláusula penal, el código civil deduce y consigna en su articulado consecuencias importantísimas que en su oportunidad trataremos; por hoy debemos hacer énfasis en la finalidad de garantía, en el propósito de aseguramiento que persigue la Cláusula penal en nuestra legislación.

Hemos dicho ya en la parte general de nuestro trabajo, que hoy día las legislaciones de los diversos países no participan aún del mismo criterio en cuanto se refiere a la verdadera estructura jurídica de la cláusula penal. Entre otras, la francesa, tal como lo expresan sus comentadores y como se deduce de sus postulados, estima que la cláusula penal no es más que la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor puede experimentar por la falta de ejecución de la obligación a que aquélla se añade. Nuestro código civil en cambio, a pesar de haber sido su fuente mediata, el código francés, en nuestra apreciación, se separó de éste siguiendo otra trayectoria; y así tanto en el Art. 1406 como en los siguientes, asigna como finalidad de la Cláusula Penal, la garantía y el aseguramiento sostenido por el temor a la incursión en la pena; y sólo incidentalmente se dirige a la idea de compensación o reparación de los daños y perjuicios.

Origen Contractual de la Cláusula penal.

"La cláusula penal es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena." dice nuestro código.

De esa frase "se sujeta a una pena", deducimos que la cláusula penal en nuestra legislación tiene un origen contractual, ella en efecto, nos da a entender que el deudor, consiente en la pena; y siendo así, su consentimiento sola-

mente puede manifestarlo en una convención. Con esta afirmación que hacemos de que la cláusula penal en nuestro derecho positivo tiene por origen un contrato, descartamos de él, la duda que en el campo de la doctrina, ha dado lugar a tantas polémicas, sobre si pueden establecerse cláusulas penales - haciendo uso de otros negocios jurídicos que no sean el contrato.

Pero si la cláusula penal únicamente puede proceder de una convención contractual, la obligación principal a que se añade no es necesario que tenga un origen convencional; en efecto, nuestra ley dice: "para asegurar el cumplimiento de una obligación", pero nada dice sobre que esta obligación - tenga por fuente un contrato, tal como ocurre en el Código - de Napoleón en donde el Art.1226 expresa: "Cláusula penal es aquélla por la cual una persona para asegurar la ejecución - de un contrato, se obliga a alguna cosa en caso de faltar a su cumplimiento."

Por consiguiente nos encontramos autorizados para opinar que la obligación que se pretende asegurar por medio de la cláusula penal en la legislación salvadoreña, puede haber nacido de una fuente distinta del contrato, esto es de un - cuasi contrato, de un delito, de un cuasi delito etc.

De los dicho tenemos que lo necesario para poder constituir una cláusula penal es, primero, la preexistencia de una obligación, indistintamente cual fuere su fuente; y segundo, un concurso de voluntades que la convengan, puesto que irre-

mediablemente, la obligación penal tiene por única fuente el contrato.

Contenido de la Pena.

Nuestro Código Civil, dice: que la pena "consiste en dar o hacer algo". Pena es pues la prestación a que se obliga una persona en razón de la cláusula penal.

Sabemos que las obligaciones atendiendo a su objetivo pueden ser positivas o negativas. Son positivas aquellas cuya prestación consiste en dar o hacer; y negativas, las que su prestación tiene por objeto no hacer.

Pues bien, ¿será que en nuestra legislación civil la pena no puede tener por contenido una obligación de no hacer? Sobre el particular, y con base en la libertad de contratación que la Ley consagra, estimamos que el contenido de la pena puede ser además de los géneros de obligaciones que el artículo indica, una obligación de NO HACER; nada se opone a ello, toda vez que con tal obligación no se infrinjan los principios de las buenas costumbres y del orden público.

Por otra parte, en apoyo de nuestra opinión tenemos la disposición del Artículo 1331 del Código Civil, el que textualmente expresa "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración".

Como obligación que es la prestación ofrecida en concep

to de pena, ella debe de reunir los requisitos legales para lograr su validez; es necesario entonces, que la persona que se sujeta a la pena sea legalmente capaz, que consienta en el acto y que su consentimiento no adolezca de vicio alguno, que tenga una causa lícita y por fin, que la pena recaiga sobre un objeto lícito.

Según queda establecido, la pena puede consistir en una prestación de dar, de hacer y de no hacer; sin embargo, lo corriente es que sea estipulada en dinero.

En este sentido hay autores, Somarriva entre otros, que consideran la prestación en dinero, como la situación normal de la pena; a ello los ha inducido sin lugar a dudas, la influencia ejercida por los tratadistas clásicos franceses y en general la tesis francesa, sobre la asimilación de la pena con la reparación de los daños y perjuicios.

Dicho en lo que puede consistir la prestación ofrecida en concepto de pena, veamos si ella debe de ser una prestación esencialmente distinta de la obligación principal; o dicho en otras palabras, si será válida aquella obligación penal en la que se estipulara la misma cosa objeto de la obligación principal; por ejemplo: Roberto se obliga a entregar 100 quintales de maíz a Ricargo, sujetándose en caso de incumplimiento de esta obligación a entregarle 100 quintales del mismo maíz en concepto de pena. Estimamos que la estipulación de tal pena, es perfecta, pues las partes haciendo uso de la libre contratación garantizada por nuestra ley,

lo han querido; pero ¿que utilidad reportaría a las partes contratantes estipular una pena en esos términos? A primera vista no se vislumbra ninguna; sin embargo un examen más detenido de la cuestión nos llevaría a la conclusión de que sí pueden existir algunas utilidades. En algunos casos las partes pueden estipular la pena, con la intención de que el acreedor pueda a un tiempo demandar la obligación penal y la obligación principal; esto sucedería cuando se estipule por el simple retardo o cuando se haya convenido que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal (conceptos del Artículo 1408 del Código Civil Salvadoreño).

Por otra parte, es necesario considerar que los 100 quintales de maíz que se deben en la obligación principal, están sometidos para los efectos de la indivisibilidad, a un régimen distinto de los 100 quintales de maíz debidos en concepto de pena, como lo veremos en su oportunidad.

Casos para los que se estipula la cláusula penal:
Penal moratoria y penal compensatoria.

La parte final del artículo que comentamos dice, que el deudor se sujeta a una pena "en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución".

Según nuestro código civil, dos son pues los casos en que puede estipularse una pena: primero, por falta de cumplimiento total de la obligación, y segundo, por el simple retardo o falta parcial en el cumplimiento de la misma.

En el Código Civil alemán las disposiciones contenidas -

en nuestro artículo 1406, relativas al tema que nos ocupa, -
tienen un sentido mucho más amplio. En efecto, el artículo -
339 de dicho cuerpo legal admite expresamente que la cláusula -
penal, puede pactarse para el caso en que el deudor no -
ejecute sus obligaciones o las ejecute de manera no satisfactoria.

En esa frase "de manera no satisfactoria" usada por el
Código alemán quedarían comprendidos aquellos casos de simple
retardo en la ejecución, aquellos, por ejemplo, en que -
el pago no se hiciera en el lugar designado en la convención
y otros que las partes tuvieran a bien estipular.

Sin embargo, aunque nuestro código civil no tenga la -
amplitud que al respecto tiene el Código Alemán, opinamos -
que nada impediría que de conformidad con los principios ge-
nerales de nuestra legislación puedan pactarse penas fuera -
de los dos casos a que se refiere expresamente el artículo -
1406, pues como lo hemos dicho en repetidas ocasiones, nues-
tra ley consagra el principio de libre contratación.

Según se estipule una pena para el caso de falta de cum
plimiento total de una obligación, o para el caso de simple
retardo, serán diferentes los efectos que de tales estipula-
ciones resulten. Si se pactare para casos de retardo, el -
acreedor podría pedir simultáneamente el cumplimiento de la
obligación principal y la pena; pero si se estipulara para -
la falta total de la obligación, el acreedor no podría pedir
a un tiempo el cumplimiento de la obligación y la pena, sino

cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, salvo que se hubiere estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

De lo dicho resulta que la cláusula penal estipulada para los casos de simple retardo es de carácter moratorio y en cambio la cláusula penal estipulada para casos de falta total en el cumplimiento de la obligación es de carácter compensatorio.

Crítica al Artículo.

Desde dos puntos de vista nos parece pues, criticable la definición que de cláusula penal nos trae nuestro Código.

La primera como hemos visto, consiste en que al enumerar las clases de obligaciones que pueden ser objeto del contenido de la obligación penal excluye sin motivo alguno como ya se indicó, las obligaciones de no hacer. Entendemos que si el Código Salvadoreño optó por enumerar las prestaciones que pueden pactarse como pena, debió hacerlo en forma completa; en caso contrario preferible hubiera sido que se usara una expresión, comprensiva de todas las clases de obligaciones tal como lo hace el código de Napoleón el que al definir la cláusula penal dice que, es aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de un contrato se obliga a alguna cosa, etc...

La segunda crítica que hacemos al artículo consiste también en su falta de amplitud respecto a los casos para los que puede pactarse la cláusula penal. Esta deficiencia que

criticamos, se explica por la influencia ejercida por el derecho francés en el código Chileno y por ende en el nuestro. En efecto, el derecho francés asimiló la cláusula penal a la liquidación convencional de daños y perjuicios, y consecuente con ello, aplicó a aquélla, el mismo tratamiento de moratorio e indemnizatorio que se asignaba a esa institución.

Nuestra sugerencia.

En vista de la crítica que hacemos al artículo, somos de opinión que sería conveniente modificarlo en los términos siguientes:

"Art. 1406.- La cláusula penal es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena, que consiste en dar, hacer o no hacer algo en los casos en que faltare a su compromiso.

"Art. 1407.- La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal. Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona. Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido".

La obligación penal, es una obligación accesoria pues su fin es asegurar el cumplimiento o ejecución de otra obligación.

De este carácter accesorio de la Cláusula penal resultan algunas consecuencias a las que nos hemos referido ya en la parte general de nuestro trabajo. En esta ocasión trataremos solamente de dos de ellas. La primera es que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; y la segunda que la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. Ambas consecuencias como puede verse están contenidas en el Art. 1407.

La primera parte del inciso primero de dicho artículo dice "La nulidad de la obligación principal acarrea la de la Cláusula penal." La razón de este principio que consigna nuestro código está en que siendo accesoria la obligación penal, no puede subsistir a la nulidad de la obligación principal. ^(ve)

Don Luis Claro Solar comentando las disposiciones relativas del Código chileno, dice, que en realidad no se ha querido expresar que la Cláusula penal sea nula por la circunstancia de la nulidad de la obligación principal, sino que la obligación penal no puede subsistir si la obligación principal no es válida.

Pothier explica el verdadero fondo de ese principio al decir que "siendo la obligación penal la obligación de una pena estipulada en caso de inejecución de la obligación pri-

mitiva, si la obligación primitiva no es válida, la obligación penal no puede tener lugar, por cuanto no puede haber pena en la inejecución de una obligación que no siendo válida no podía ser ejecutada."

Así tendríamos, que en el caso en que para reforzar o asegurar el cumplimiento de una obligación prohibida por la ley, se estipulare una cláusula penal; la obligación penal resultante estaría viciada, pues cuando la ley prohíbe alguna cosa deben entenderse prohibidas todas aquellas por cuyo medio se lograría la ejecución de la primera. En la legislación salvadoreña se consagra expresamente este principio en el artículo 94 el que textualmente dice: "tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido", pues siendo los esponsales o desposorio, en nuestro código Civil, un hecho privado que no produce obligación alguna ante la ley Civil, la cláusula penal tampoco la producirá. También es aplicación al principio que estudiamos el inciso primero del Art. 1572 del Código Civil que dice: "La falta de instrumento público no puede suplirse -- por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno". La regla de que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la Cláu-

sula penal tiene sus excepciones; así lo dan a entender los incisos segundo y tercero del artículo que estudiamos.

Con todo, dice el inciso segundo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona.

Para mayor claridad transcribamos el texto del Art. 1321 del Código Civil: "Siempre que uno de los contratantes se comprometa a que por una tercera persona, de quien no es legítima representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa."

Sería una promesa del hecho de otro la siguiente: Pedro se compromete con Juan a que Ricardo le construirá una casa.

Es claro que si Ricardo no ratifica la promesa hecha por Pedro, no contrae obligación alguna, porque para que una persona se obligue a otra en virtud de un acto o declaración de voluntad es necesario, de conformidad con el Art. 1316, que consienta en dicho acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio. Pero Pedro que prometió el hecho de Ricardo, sí contrae una obligación, y esa obligación es el compromiso que contrae de influir en el ánimo de Ricardo.

De manera pues, que el que promete el hecho de otro contrae una obligación perfectamente válida, pues la circunstancia de que la tercera persona no ratifique la promesa, en nada afecta la relación ya establecida entre el promitente y el estipulante. Esa ratificación sería únicamente necesaria para el perfeccionamiento de otra obligación distinta, la que pudiera existir entre el estipulante y la tercera persona que ratificara.

Los romanos reconocieron estos principios, para ellos la estipulación "Spondeo Titium daturum" (prometo que Ticio dará) es nula, pues el que promete no queda obligado ya que su intención, al prometer el hecho de otro y no el suyo, no ha sido obligarse; y además porque el tercero no podría obligarse mediante un contrato al cual no ha concurrido.

Pero si en lugar de estipular en los términos Spondeo Titium daturum, se estipulara: Se effectuturum ut Titius daret (haré que Ticio dé), entonces el promitente quedaría perfectamente obligado pues consentiría en obligarse a sí mismo: su promesa sería ejercer influencia sobre Ticio a efecto de que éste lleve a cabo el hecho.

Es en este sentido, entendemos, que nuestra Ley ha reconocido validez a la promesa del hecho de otro.

Por estas razones participamos de la opinión de Alessandri quien niega, no obstante la redacción de los incisos segundo y tercero del Artículo 1407, que sean una excepción a la regla de que "la nulidad de la obligación principal aca-

rea la de la Cláusula penal" pues ambos incisos dice, se refieren a situaciones Jurídicas contempladas en las disposiciones que tratan de las obligaciones válidas.

"Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplirse lo prometido" agrega el inciso tercero; es decir que aunque la obligación principal fuere nula, la estipulación que se hiciera a favor de un tercero sería perfectamente válida.

Este inciso guarda estrecha relación con el artículo 1320 según el cual, "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieren podido ejecutarse en virtud del contrato."

El ejemplo que citan los autores es el contrato de seguros cuando se estipula a favor de un tercero.

En estos casos tampoco puede afirmarse que la obligación contraída por el promitente sea nula, pues la obligación existe hasta cuando no haya habido revocación del contrato, estando por consiguiente obligado a ejecutar su promesa en favor del tercero; y es precisamente para el caso de que el deudor no cumpla su obligación, que se estipula la

pena.

En vista de las razones que dejamos expuestas, nos pronunciamos por la supresión de los incisos 2º. y 3º. del Artículo.

"Art. 1408.- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar la pena; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio: a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida, la obligación principal".

"Art. 1409.- El deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse."

El estudio de estos artículos, no es otro que el del momento en que el acreedor tiene el derecho de exigir la pena y por consiguiente, el momento en que el deudor incurre en la obligación penal.

Según queda dicho, la cláusula penal tiene por objeto -

asegurar el cumplimiento de la obligación, en vista de la cual se ha estipulado, comprometiéndose por ella el deudor, a dar, a hacer o a no hacer algo en el caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución.

Existiendo una íntima relación entre el momento en que la estipulación penal se vuelve exigible y la institución conocida con el nombre de Mora del Deudor, dedicaremos previamente al estudio de los artículos 1408 y 1409, unas palabras a tal institución tal como se encuentra regulada en nuestro derecho positivo, seguros de que con ello, lograremos aclarar en parte su exposición.

Mora del deudor, dice Alessandri, es el retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la manifestación de la voluntad del acreedor.

La definición de Alessandri nos parece completa, pues encierra en sí, los elementos que se consideran indispensables en tal institución: a) retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación y b) interpelación del acreedor al deudor. Siendo el retardo un elemento de la mora no debe confundirse con ella. El retardo es la tardanza en cumplir la obligación más allá de la época fijada por la Ley. La mora en cambio es el retraso perjudicial al acreedor más allá de la época fijada por su voluntad.

En el código Civil Salvadoreño la constitución en mora del deudor, está reglamentada en el Título XII del Libro IV al tratar del efecto de las obligaciones. Es precisamente el

artículo 1422 el que indica los casos en que el deudor está en mora.

El deudor está en mora dice dicho artículo: 1º) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora: 2º) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla: 3º) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

El primer número del artículo transcrito tiene lugar solamente en las obligaciones de plazo convencional. En esta clase de obligaciones es suficiente que el término se venza sin que el deudor haya cumplido su obligación, para que incurra en mora. Este principio, sin embargo, admite excepciones legales: una de tales sería la consignada en el Art.1737 del Código Civil en el que se dispone que para constituir al arrendatario en mora de restituir la cosa arrendada es necesario requerimiento del acreedor, aun cuando haya procedido deshaucio.

En los casos de este número pues, según se indica en él, no es necesario requerir al deudor para constituirlo en mora; sin embargo, lo que en realidad ocurre es que el requerimiento se ha hecho anticipadamente en forma contractual.

El segundo número del artículo 1422 legisla para los casos en que la obligación debe de cumplirse dentro de cier-

to lapso y el deudor lo deja transcurrir sin cumplirlo; ejemplo: una persona se compromete a prestar un radio a otra, para que lo use durante la temporada de ópera. Tampoco en estas situaciones es necesario requerir formalmente al deudor, pues existe de antemano un requerimiento contractual tácito.

Por fin, el tercer numeral del artículo en estudio comprende los casos en que es requisito indispensable para constituir en mora al deudor, que se le requiera previa y judicialmente.

"En los demás casos" dice el numeral tercero; esos casos serán desde luego los que quedan excluidos de los números 1º. y 2º. o sean aquellas obligaciones en las que no se establece un término para su cumplimiento, o un espacio de tiempo dentro del que deban ejecutarse; y finalmente aquellas que constituyen la excepción al numeral primero.

Los tres casos en que el deudor está en mora indicados en el artículo 1422 solamente son aplicables a las obligaciones positivas, esto es, a las obligaciones de dar y de hacer; pero no lo son a las obligaciones de no hacer. En esta clase de obligaciones el deudor debe de abstenerse de realizar un hecho, siendo esa abstención precisamente el objeto de su obligación. Si el deudor la contraviene llevando a cabo el hecho que prometió no realizar, el acreedor puede pedir que se deshaga lo hecho si ello fuere posible, y no siéndolo a que se le indemnice por la contravención.

De manera pues que en las obligaciones de no hacer no -

puede decirse que el deudor se constituye en mora, porque en ellas no puede existir retardo en el cumplimiento de lo prometido, pues una de dos: o el deudor cumple su obligación no llevando a cabo el hecho a cuya abstención se ha obligado; o el deudor verifica tal hecho y entonces desde ese momento - contraviene su promesa, sin que pueda decirse que la haya - retardado. No habiendo pues, retardo en las obligaciones de no hacer mal podría haber mora, ya que como queda indicado, - el retardo es un elemento indispensable en ella.

Con estos fundamentos trataremos ya de hacer un estudio de los Artículos 1408 y 1409.

"Art. 1408.- Antes de constituirse el deudor en - mora, no puede el acreedor demandar la pena; ni - constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obliga-- ción principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio: a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que con el pago de la pena no se entienda extinguida, la obligación principal."

Nos hemos inclinado a creer que la legislación salvado-- reña en lo que atañe a la esencia misma de la cláusula pe-- nal, adoptó un criterio ecléctico. Por una parte, ella se - constituye con el fin de asegurar el cumplimiento de una -

obligación por vía de apremio al deudor; y por otra, con el fin de indemnizar al acreedor por la falta de cumplimiento o por la tardanza en la ejecución de la obligación que la motiva. Desde este último punto de vista, la Cláusula penal realiza en el derecho salvadoreño la función resarcitoria o reparadora liquidando anticipadamente los daños y perjuicios.

Esta función indemnizatoria de la Cláusula Penal en nuestro derecho civil, la deducimos de la redacción del artículo que comentamos y del contenido del artículo 1414 el que niega el derecho al acreedor de pedir la pena conjuntamente con la indemnización de perjuicio.

Una vez que el deudor se ha constituido en mora nace para el acreedor un derecho alternativo de exigir o el cumplimiento de la obligación principal o la pena.

Sin embargo, el mismo artículo 1408 consigna dos excepciones a ese principio; la primera tiene lugar cuando aparece haberse estipulado la pena por el simple retardo y no para el caso de inejecución, y es que en estos casos, la pena tiene por fin compensar los daños y perjuicios moratorios. La segunda excepción es cuando se estipule que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

Esta estipulación fué conocida en el derecho romano bajo el nombre de **RATO MANENTE PACTO**.

En nuestro código civil además de las dos excepciones -

citadas, existe otra excepción a la regla de que no puede el acreedor pedir simultáneamente el cumplimiento de la obligación principal y la pena, ella la encontramos en el título - "De la Transacción" Artículo 2209, el que textualmente dice: "Art. 2209.- Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes."

En el derecho romano se legisló sobre el particular al tratarse de la transacción, en efecto en el Libro 2º. del Digesto se dice que "el que rompe una transacción lícita, no solamente es forzado a respetarla por la excepción que de ella resulta, sino también condenado a la pena si esta excepción lleva la cláusula rato manente pacto.

Como puede notarse del pasaje transcrito, en Roma para poderse exigir simultáneamente la pena y el objeto de la transacción, era necesario al estipular la pena que se añadiera la cláusula Rato manente pacto.

En cambio en el derecho Salvadoreño, por producir la transacción el efecto de cosa juzgada, de conformidad con lo que establece el artículo 2206, se sobre entiende que si se estipula pena alguna contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes, sin necesidad de que se hubiere estipulado expresamente que por el pago de la pena, no se entienda extinguida la obligación principal.

Crítica al artículo.

Antes de constituirse el deudor en mora no puede el acreedor demandar la pena" dice su inciso primero. Creemos que la parte transcrita perfectamente podría suprimirse por innecesaria. En efecto es el artículo 1409 el que regula el momento en que el deudor incurre en pena, por lo que no habría necesidad de que el artículo 1408 lo expresara. De manera que según nuestra opinión el artículo podría reformarse así:

"Art. 1408.- Constituido el deudor en mora, el acreedor no podrá pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio: A menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal."

"Art. 1409.- El deudor no incurre en la pena, sino cuando se haya constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecute el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse."

Historia del Artículo.

En el Código Civil de 1860 el presente artículo tenía la siguiente redacción: "Art. 1472.- Háyase o no estipulado

un término dentro del cual debe cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha ya constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse."

Con tal redacción aparece en el artículo 1480 de la edición de 1880; y en el artículo 1524 de la de 1893.

Pero en la Ley de 1902 publicada el 4 de agosto, el inciso primero del artículo se reformó así: "El deudor no incurre en la pena, sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva."

La presente reforma, dice la comisión, "se reduce a suprimir la Cláusula "Háyase o no estipulado un plazo dentro del cual deba cumplirse la obligación principal" con que comienza dicho inciso. Las palabras suprimidas pudieran hacer creer que el deudor no incurre en la pena por el hecho solo de no cumplir la obligación dentro del plazo estipulado, sino que además es preciso que se haya constituido en mora, lo cual estaría en contradicción con la regla que se establece en el Número 1 del Artículo 1537."

Estamos de acuerdo con la comisión en la reforma; pero no en las razones invocadas por ella. Para nosotros la frase "Háyase o no estipulado un término dentro del cual debe cumplirse la obligación principal" era inútil, y como tal se justificaba su supresión; pero no por la contradicción a que

alude la comisión, la que no hemos podido determinar, sino porque, ya sea que se hubiere estipulado un término, o que no se hubiere hecho tal, lo que la ley ha exigido siempre como requisito para que se incurra en pena, es que el deudor esté en mora, bien sea que para ello fuere o no necesario de requerimiento de conformidad con las reglas prescritas en el artículo 1422 a que nos hemos referido.

"El deudor no incurre en la pena, sino cuando se haya constituido en mora si la obligación es positiva", dice el artículo 1409.

Obligaciones positivas son aquellas en las que el deudor se compromete a dar una cosa o a ejecutar un hecho; son pues las obligaciones de dar y hacer. En esta clase de obligaciones basta con que el deudor se haya constituido en mora, para que nazca el derecho del acreedor de poder exigir la obligación penal.

Como hemos indicado, la pena se hace exigible en las mismas condiciones en que lo son los daños y perjuicios. En efecto, el artículo 1428 del Código Civil, dice: que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer desde el momento de la contravención.

También hemos dicho que en nuestra legislación, no es necesario recurrir a la explicación dada por los comentaristas franceses sobre la razón de la similitud de condiciones bajo las cuales se hacen exigibles los perjuicios y la pena.

En el derecho salvadoreño, en el que la cláusula penal se manifiesta con una doble función: la punitiva y la resarcitoria, esa similitud de condiciones tiene su razón de ser en el hecho siguiente: La cláusula penal se estipula para los casos en que la obligación en que incide, no se cumpla. Ahora bien, ese incumplimiento solamente se patentiza cuando el deudor se ha constituido en mora. De manera que en el Código Civil salvadoreño para que el deudor incurra en pena en las obligaciones de dar y hacer se necesita que se haya constituido en mora de conformidad con los principios establecidos en el Art. 1422.

El inciso 2º. del Art. 1409 expresa: "Si la obligación es negativa se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

Obligaciones negativas son aquellas en las que el deudor se compromete a no hacer algo siendo su objeto en consecuencia, la no ejecución, la abstención, el estado pasivo del deudor.

En esta clase de obligaciones el deudor incurre en pena en el momento en que realiza el hecho o la cosa cuya abstención ha prometido, es decir desde el momento en que contraviene su obligación.

En las obligaciones de no hacer como lo hemos repetido varias veces, no puede hablarse de mora y por consiguiente no será ésta, la condición necesaria para que el deudor incurra en pena. En tales obligaciones el deudor contraviene

la obligación al llevar a cabo el hecho de que prometió ^{si} abstenerse. Es por ello que la pena se debe desde el momento de la contravención.

- "Art. 1410.- Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal".

El acreedor no puede ser constreñido por su deudor a recibir por parcialidades lo que le es debido; así lo dispone el Art. 1461 del Código Civil al expresar que "el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales".

"El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

De manera que si el deudor de una obligación asegurada con cláusula penal, por cualquier razón no estuviere en condiciones de solucionar en forma total su obligación, y pretendiere cumplirla parcialmente con el fin de evitar el pago total de la pena, el acreedor tendrá el derecho de rechazar tal cumplimiento parcial, y demandar en su oportunidad según le conviniere mejor, o toda la obligación principal, o la pena estipulada.

Pero si el acreedor aceptara tan sólo una parte de la

cosa debida, el deudor tendría derecho de conformidad con el artículo 1410 a que se rebajara proporcionalmente la pena - estipulada por la falta del total cumplimiento de la obligación principal.

Ejemplo: una persona se compromete a entregar a otra 30 quintales de maíz, sujetándose a una pena de \$300.00 para el caso de incumplimiento. Si solamente entrega 20 quintales y el acreedor los acepta, tendrá derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada, o sean en el ejemplo, -- \$100.00.

Según Laurent, estos principios tienen aplicación única- mente, cuando la obligación principal a que accede la cláu- sula penal, tiene por objeto una cosa divisible, ya que sien- do la prestación indivisible, no podría cumplirse por par- -- tes.

De acuerdo con su criterio, Laurent critica el ejemplo que sobre el particular pone Demolombe.- El ejemplo es el si- guiente: "El deudor se obligó a abrir un canal de 100 metros bajo la sanción de una Cláusula penal; no practicó más que - 50 metros; así pues, no deberá más que la mitad de la pena".

El ejemplo dice Laurent es mal escogido, pues, una obra es una obligación indivisible y por consiguiente no es sus- ceptible de un cumplimiento parcial ¿Qué hará el acreedor - con un canal de 50 metros, cuando necesita 100? se pregunta.

Pothier por el contrario, aunque admite que tales prin- cipios tienen sobre todo aplicación en las obligaciones cuyo

contenido es una cosa divisible, algunas veces pueden aplicarse también en aquellas obligaciones que por su propia naturaleza son indivisibles. Cedámosle la palabra: "Bien que el ejercicio de una servidumbre predial sea alguna cosa indivisible y que en consecuencia, la obligación que contrata el poseedor de la heredad que sirve, de sufrir el ejercicio de la servidumbre sea una obligación individual; sin embargo, cuando esta servidumbre se ha limitado a un cierto fin, termina en algo que es divisible, la pena se dividirá, si este fin ha sido llenado en parte; y no tendrá lugar que por la parte en que aquella no ha sido llenada. Por ejemplo: Yo tengo una heredad que tiene un derecho de servidumbre sobre la vuestra, cuyo derecho consiste en que los poseedores de la heredad sirviente están obligados en tiempo de la vendimia, de sufrir el que mi gente transporte mi vendimia por esta heredad, bajo pena de cien escudos en caso de perjuicio hecho a mi derecho de servidumbre. En este ejemplo, si después de haber dejado pasar la mitad de la vendimia, me impedís el transporte del resto por vuestra heredad, no habrías incurrido en la pena de cien escudos más que por mitad, pues, aunque la servidumbre de paso sea indivisible, y que la obligación de sufrir el ejercicio de esta servidumbre sea la obligación de alguna cosa indivisible, sin embargo, como esta servidumbre se limita a un fin, que es el transporte de mi vendimia, y que mi vendimia es una cosa divisible, no se puede dejar de convenir que yo he disfrutado en parte del fin -

por el cual la servidumbre se ha impuesto, por cuanto me habéis dejado pasar la mitad de mi cosecha por vuestra heredad. Yo no podría, pues, pedir más que la mitad de la pena; pues yo no puedo percibirla por el total, y disfrutar en parte de la utilidad de mi derecho de servidumbre; pues no puedo tener uno y otro a la vez."

Nos adherimos a la solución adoptada por Laurent, sin desconocer, las razones invocadas por Pothier, pues aunque la obligación de sufrir el ejercicio de una servidumbre de paso sea una obligación de cosa indivisible, cuando esa servidumbre se limita a un fin, (en el ejemplo el transporte de la vendimia) la intención de las partes en el fondo ha sido volver divisible lo que por su naturaleza es indivisible.

La regla por la cual el deudor tiene derecho para que se rebaje la pena proporcionalmente a la parte de la obligación principal ejecutada con anuencia del acreedor, no tiene más fundamento que la equidad.

En el derecho Romano, en las obligaciones de derecho estricto, la pena se debía en su totalidad aunque la obligación se hubiere cumplido en parte. Sin embargo Ulpiano fué de parecer que por equidad no se debía, sino por la parte que faltaba ejecutar de la obligación principal.

En el derecho positivo salvadoreño la actuación del juez en lo que concierne a la rebaja de la pena por incumplimiento parcial de la obligación, se concreta a un mero cálculo matemático consistente en aplicar una regla de pro-

porcionalidad, pues no otra cosa se deduce de la redacción del artículo cuando expresa que el deudor tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada cuando ha cumplido solamente una parte de la obligación principal.

En el Código Francés en cambio, las facultades del Juez para rebajar la pena en los casos de incumplimiento parcial de la obligación principal son ilimitados. En efecto el artículo 1231 del Código Napoleónico dice: "La pena podrá modificarse por el Juez, cuando la obligación principal haya sido ejecutada en parte". Es así que el Código Francés no prescribe al Juez regla alguna, para determinar la cuantía de pena a rebajarse, dejando ello a su prudente arbitrio. De conformidad con el artículo transcrito, el Juez tendría la facultad hasta de no rebajar la pena, no obstante que la obligación principal se hubiere cumplido en parte.

La cláusula penal según reza el artículo 1406 puede estipularse para los casos en que el deudor no ejecute su obligación principal o para cuando retarde su ejecución. Ahora bien, el artículo 1410 que comentamos, habla de cumplimiento parcial de la obligación ¿es que no quedan comprendidos en él los casos en que la pena se estipule por el simple retardo? Un ejemplo aclararía nuestro punto: una persona se compromete a entregar a otra diez pares de calzado el 5 de noviembre, estipulándose una pena para el caso de no cumplir su obligación en la fecha convenida. Llega el 5 de noviembre, y el deudor solamente entrega en esa fecha cinco pares

de calzado, entregando los otros cinco hasta el 15 de noviembre, ¿se deberá la pena en su totalidad o sólo la mitad de ella? Somos de opinión que el deudor solamente incurrirá en la mitad de la pena a que se ha sujetado, pues aunque el artículo 1406 señala como casos diferentes, el incumplimiento total, del simple retardo, estimamos que para los efectos del artículo 1410 el retardo en la ejecución de una obligación, no es más que el incumplimiento de la promesa; o dicho en otras palabras el término cumplimiento a que alude el artículo 1410 debe de entenderse en el sentido más lato que pueda dársele, comprendiendo no sólo los casos de incumplimiento efectivo y total de la obligación, sino también aquellos casos en que habiéndose pactado la pena para el simple retardo, el deudor se constituye en él, aunque más tarde ejecutara la prestación a que se ha obligado.

Para concluir el estudio del artículo, traemos a cuentas una situación, no prevista en él. Se trata de la siguiente: Para asegurar el cumplimiento de una obligación divisible, se pacta una pena cuyo contenido es un objeto indivisible. La obligación principal es cumplida parcialmente ¿se deberá toda la pena? La doctrina es unánime en el sentido de que la pena debe ser satisfecha totalmente, pues debe de entenderse que las partes contratantes al estipular una pena de naturaleza indivisible lo han hecho con la intención, de que sea debida por el todo.

"Art. 1411.- Cuando la obligación contraída con Cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación.

Exceptúase el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total; podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor.

Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible"

La obligación principal que ha sido contratada con la garantía de una cláusula penal, puede ser divisible e indivisible. Esa naturaleza de la obligación principal repercute necesariamente en la obligación penal, por ser ésta de carácter accesorio y secundario respecto de aquélla.

Para mayor claridad en el comentario que nos proponemos

hacer del artículo, nos referiremos brevemente a las obligaciones divisibles e indivisibles; no sin antes reconocer que el estudio de esas clases de obligaciones es uno de los temas más impenetrables del derecho civil. Dumoulin el gran jurisconsulto francés afirmaba que "no ha habido jamás, ni hay aún en el inmenso océano del derecho mar más tempestuoso, más profundo y más peligroso que el tratado de las obligaciones divisibles e indivisibles".

En nuestro código civil, es el artículo 1395 el que nos da el concepto de esas obligaciones. Dicho artículo expresamente dice: "La obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota".

Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles, la de pagar una suma de dinero, divisible."

Obligación divisible es, pues, la que tiene por objeto una prestación susceptible de dividirse; y obligación indivisible la que tiene por objeto una cosa que no admite división.

Existen dos clases de indivisibilidad. Una absoluta -- que resulta de la misma naturaleza del objeto de la obligación; y otra relativa resultante de la circunstancia de que la cosa objeto de la obligación, siendo por su naturaleza -- divisible; por la forma en que se ha pactado la obligación -- la vuelve indivisible.

Ejemplo de la primera clase de indivisibilidad sería la obligación de conceder una servidumbre de tránsito y de la segunda clase, sería la de hacer construir una casa.

Esos ejemplos que entresacamos de la disposición consignada en el artículo 1395 del Código Civil, nos indican que en éste, las dos clases de indivisibilidad a que nos hemos referido, son consideradas como una misma; sin embargo de existir entre ellas diferencias notables. En efecto, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, es en tal forma indivisible que bajo ningún aspecto podría cumplirse por partes. En cambio la obligación de hacer construir una casa, por sí misma no es indivisible, basta observar que la obra de construcción puede llevarse a cabo por partes; pero es la forma en que la obligación se pacta, lo que le da el carácter de indivisible.

Para nuestra ley como hemos visto, la obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota.

División física de una cosa, es la división de ella en partes materiales e independientes una de otra.

División intelectual o de cuota es la división en partes indivisas que pertenecen a personas diferentes y que por consiguiente no pueden subsistir independientemente, sin que se transforme la naturaleza de la cosa.

De modo que de acuerdo con el artículo 1395 del Código

Civil, es suficiente con que la cosa objeto de la prestación pueda dividirse intelectualmente, para que la obligación, se estime divisible.

El artículo 1411 que tratamos de comentar comprende dos casos:

A) Que el objeto de la obligación primitiva a la que -
accede la Cláusula Penal sea divisible; y

B) Que el objeto de dicha obligación sea indivisible.

Para ambos casos, si llegare a contravenirse la obligación las soluciones serán diferentes en lo que atañe a la -
exigibilidad de la pena.

Antes de entrar al estudio de cada uno de esos casos, es necesario aclarar desde ya, que del artículo 1411, queda excluida aquella situación en la que, una persona después de -
haber incurrido en la pena por el no cumplimiento de la obligación, fallece sin haberla satisfecho. Esta situación encuentra su reglamentación en el Título X del Libro Tercero -
del Código Civil que se refiere al pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

Los casos de que aquí trataremos son pues, aquellos en que una persona que ha estipulado una cláusula penal, fallece cuando aún no ha incurrido en pena, y uno o varios de sus herederos contravienen la obligación principal con cuyo motivo se pactó la pena.

Entremos pues al estudio de los casos señalados:

Primer caso: La obligación principal es divisible.

"Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre pues en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación". Inciso 1º. del Artículo 1411.

De manera pues, que si la obligación principal sobre la que incide la Cláusula Penal tiene por objeto una cosa divisible, la prestación ofrecida en concepto de pena, se dividirá entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas - tal como se divide la obligación a que accede; y como consecuencia la pena será debida solamente y por su respectiva - cuota, por aquél de los herederos que contraviene la parte - que en la obligación principal, le corresponde.

Ejemplo: una persona se compromete a entregar 30 quintales de maíz, sujetándose a una pena de \$300.00 para el caso de no cumplir con su obligación; dicha persona muere sin haber incurrido en la pena, dejando tres herederos. La obligación de entregar los 30 quintales de maíz siendo divisible - se repartirá entre los tres herederos, viniendo en consecuencia cada uno de ellos, a ser deudor de 10 quintales. En esa situación la obligación se vuelve exigible; dos de los herederos entrega cada uno 10 quintales que les corresponde en - la deuda total; el otro no cumple su parte en la obligación.

De conformidad con el inciso primero, y por ser la obligación de entregar 30 quintales de maíz, una obligación divisible, los \$300.- estipulados en concepto de pena se dividirán también entre los tres herederos, en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias, esto es, que cada uno quedará garantizando su parte en la obligación con una pena de \$100.-

De manera que el heredero infractor incurrirá únicamente en la pena de \$100.00 quedando sus coherederos solventes de toda responsabilidad.

La razón de ello estriba en que el heredero infractor no ha podido contravenir la obligación total, más que en la cuota que de ella le corresponde.

Este principio consignado en el inciso 1º. del artículo que comentamos, admite una excepción en el inciso segundo. - En efecto, dicho inciso segundo dice "Exceptúase el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, - uno de los herederos ha impedido el pago total; podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor".

Tenemos pues, que si la cláusula penal se ha estipulado premeditadamente con el propósito de que el cumplimiento de la obligación no pudiera realizarse por parcialidades, esto es, volviendo indivisible para los efectos de pago, una prestación que por su naturaleza es divisible, y por culpa -

de uno de los herederos no se realiza el pago total de la obligación, este heredero incurrirá en el total de la pena; pero el acreedor tendrá derecho a elegir entre exigir al infractor toda la pena o demandar a cada heredero su cuota respectiva; pero en este último caso, los herederos conservarán su derecho contra aquél que ha impedido el pago total.

Segundo Caso:

El tercer inciso del Art. 1411, agrega: "Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible", es decir que cuando uno de los herederos impida el pago total, podrá exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno de los herederos, su respectiva cuota, quedándoles a salvo a éstos, su derecho contra el heredero que haya infringido la obligación.

Hemos dicho ya, que obligación indivisible, es aquella que tiene por objeto una cosa no susceptible de división sea física, sea intelectual o de cuota siendo ello así, tal obligación, no podría cumplirse por parcialidades y en consecuencia aquél de los herederos que haya impedido la solución total de ella, incurrirá en toda la pena estipulada. Sin embargo el acreedor puede optar por exigir a cada uno de los herederos su cuota respectiva; pero éstos podrán reembolsarse entablando acción contra su coheredero infractor.

A primera vista, parece injusto que la ley dé acción al acreedor contra los herederos que nada han tenido que ver

con el incumplimiento de la obligación indivisible; pero si pensamos, que con las precauciones debidas, tales herederos pudieran haber evitado que uno de ellos dejara la obligación incumplida, concluiremos que es precisamente esa falta de precaución lo que la ley ha querido castigar.

Situaciones no previstas en el artículo 1411: Sus soluciones:

Estas situaciones estudiadas por el tratadista chileno don Luis Claro Solar a quien seguiremos en nuestra exposición son las siguientes:

1ª.- El Art. 1411 del Código Civil al tratar de los efectos que produce la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación principal en la obligación penal, se refiere a la existencia de varios deudores pero únicamente cuando éstos llegan a serlo por su carácter de herederos de un deudor; nada dice en cambio cuando la obligación principal fué contraída originariamente por dos o más personas a la vez.

La solución a este caso no previsto, es la misma que el Código prescribe para cuando se contrae la obligación primitiva por un deudor único y éste fallece dejando varios herederos.

2ª.- El artículo, alude únicamente a los casos en que la obligación principal ha sido contravenida solamente por uno de los herederos; pero no regla la situación de cuando el incumplimiento es por parte de dos o más de ellos.

En este caso hay que distinguir desde luego, según que la obligación principal sea divisible o indivisible.

Si la obligación principal es de cosa divisible, la pena lo mismo que la obligación principal se dividirá entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias; y los herederos que contravengan la obligación, incurrirán en la parte de la pena que corresponde a su derecho en la sucesión, no teniendo el acreedor, acción contra los demás herederos.

En cambio si la obligación principal es de cosa indivisible, se podrá exigir a cada heredero infractor la pena en su totalidad; y respecto a los no infractores solamente podrá demandárseles su respectiva cuota, teniendo éstos el derecho de reembolso, contra los herederos que han impedido el pago total.

3ª.- De la lectura del artículo, se deduce, que los casos en él contemplados se refieren a cuando la pena es de cosa divisible, ya que sin duda, el legislador tuvo en mente la situación en que se estipula en concepto de pena una cantidad de dinero; pero sabemos que de conformidad con el Art. 1406, la pena puede consistir además en otras prestaciones de dar o en hacer algo, siendo en consecuencia posible que ella tenga por objeto una prestación indivisible.

En este caso, la pena podrá ser demandada totalmente a uno solo de los deudores, aunque hubiere debido ser prestada sólo por el contraventor si hubiera sido divisible, salvo -

siempre el derecho de reembolso de los que no han faltado a la obligación contra el que no la ha cumplido.

4ª.- Por fin, tenemos el caso inverso al contemplado en el artículo, esto es, que en lugar de ser un acreedor y varios los herederos; sean varios los herederos del acreedor y uno solo el deudor.

Respecto a este punto que en el derecho romano fué motivo de largas polémicas en el sentido de establecer si se incurría en la totalidad de la pena y en favor de todos los herederos del acreedor por la falta de cumplimiento hacia uno de ellos, creemos adhiriéndonos a la opinión de Claro Solar, que los herederos del acreedor respecto de los cuales la obligación ha sido cumplida, no podrían demandar pena alguna, pues en caso contrario, se infringiría el principio establecido en nuestra ley, de que el acreedor no puede exigir a la vez la obligación principal y la pena. Ahora, con respecto al heredero del acreedor que ha sufrido el incumplimiento de la obligación, no tendría derecho a demandar la totalidad de la pena, sino solamente la cuota que le corresponde en el respectivo crédito, ya que el perjuicio que en este caso se le ocasiona, no sería mayor que el que sufriría, si la obligación principal no hubiera sido ejecutada respecto a todos los herederos; caso en el que no hubiera obtenido, sino la cuota que le correspondería en su derecho sucesoral.

Para concluir el estudio del Artículo, queremos exter--

nar opinión en el sentido de que nos parece poco acertada su colocación dentro del Título relativo a las Obligaciones con Cláusula Penal, pues siendo la obligación penal una de las tantas clases de obligaciones, el estudio de su divisibilidad e indivisibilidad, encajaría mejor en el Libro IV, Título X que trata de las Obligaciones Divisibles e Indivisibles, tal como se hace al respecto con los perjuicios en los Artículos 1404 y 1405.

Art. 1412.- Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar.

La Cláusula penal como atrás lo vimos, es una obligación accesoria que se estipula con el objeto de garantizar el cumplimiento de una obligación que con respecto a ello tiene el carácter de principal.

Ahora bien, la obligación que tiene por fuente la estipulación de la Cláusula penal puede ser garantizada a su vez por medio del derecho real de hipoteca; de donde inferimos que siendo la Cláusula penal una obligación accesoria de otra a la que trata de asegurar y que la hipoteca es también una garantía de otra obligación, en el caso que a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, tal hipoteca vendría a ser una garantía de otra garantía (la pena) que en definitiva aseguraría el cumplimiento de una obligación prin

cipal.

El artículo 2158 del Código Civil expresa: "La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella".

Siendo la hipoteca indivisible, su acción correspondiente, lo será también. Por esta razón, si la obligación penal se asegurara por medio de una hipoteca, podrá el acreedor cuando se hubiere incurrido en pena y no se hubiere satisfecho, perseguir toda la pena en el inmueble o inmuebles hipotecados, sin preocuparse de que el propietario del inmueble fuere o no el culpable de la contravención a la obligación, o fuere un tercero extraño a la convención de la pena; pues conforme al artículo 2176 del Código Civil la hipoteca da derecho al acreedor de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido.

Pero de conformidad con el artículo que comentamos el propietario del inmueble, que ha solventado la obligación, conserva su derecho a ser indemnizado por los demás codeudores o coherederos, repitiendo de cada uno de ellos, lo que por él haya pagado.

"1413.- Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo -

pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

Hemos visto ya que la pena se vuelve exigible bajo los mismos principios en que lo son los daños y perjuicios, esto es: en las obligaciones de dar y hacer, cuando el deudor se haya constituido en mora; y en las obligaciones de no hacer, cuando se contraviene la obligación realizando el hecho cuya abstención se ha prometido; sin embargo, es el artículo 1413 a que hoy nos referimos, el que establece las diferencias fundamentales entre la exigibilidad de la pena y la de la indemnización de los daños y perjuicios.

Al tratar someramente de los efectos de las obligaciones, en la parte general de nuestro trabajo, expusimos que los requisitos indispensables para que proceda la indemnización de perjuicios son: 1º) que se haya ocasionado un perjuicio al acreedor; 2º) que ese perjuicio sea imputable al deudor y 3º) que el deudor se haya constituido en mora.

Pues bien, para establecer la concurrencia del primero de tales requisitos es necesario, que el acreedor establezca que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado un perjuicio y además el monto del mismo.

Tratándose de la cláusula penal en cambio, el acreedor no tiene necesidad de establecer ni la existencia de los perjuicios ni la cuantía de los mismos, pues siendo la obligación penal el efecto de un contrato, deberá recibir cumpli-

miento, en la forma en que las partes lo han querido aún -- cuando la inejecución de lo pactado no le haya ocasionado -- ningún perjuicio al acreedor o aún cuando le hubiere repor-- tado hasta beneficio. Estos principios fueron aplicados en -- el derecho Romano. Justiniano aconsejaba en las estipulacio-- nes de hacer o no hacer, agregarles una pena, para que no -- hubiere incertidumbre en la estipulación y para que el acree-- dor no tuviera necesidad de probar los perjuicios.

En el Código Civil Francés no existe una disposición -- que corresponda a la que comentamos y es por ello que en esa legislación, perfectamente puede asimilarse la cláusula pe-- nal a la liquidación convencional de los daños y perjuicios. Pero en legislaciones como la nuestra en las que expresamen-- te se consigna que no es necesaria la existencia real de per-- juicios para poderse demandar la pena, la diferencia entre -- ésta y la indemnización de aquellos, es evidente.

Es pues el artículo que estudiamos la circunstancia fun-- damental que niega en el derecho positivo salvadoreño la -- equivalencia entre la Cláusula penal y la indemnización de -- daños y perjuicios, lo que en definitiva, viene a justificar su autonomía en el campo del derecho civil nuestro.

Art. 1414.- No podrá pedirse a la vez la pena y -- la indemnización de perjuicios, a menos de haber-- se estipulado así expresamente, pero siempre es-- tará al arbitrio del acreedor pedir la indemniza-- ción o la pena".

Como instituto independiente, que es la Cláusula Penal en el Código Salvadoreño tiene su propia fisonomía y sus propias funciones. No es simplemente una liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios como lo es en el Derecho francés, sino sobre todo y principalmente, una garantía, un medio de asegurar el cumplimiento de una obligación, y sólo incidentalmente tiende a la reparación o indemnización del daño sufrido por el acreedor por el incumplimiento de aquélla.

Desde este último punto de vista, la pena adopta en nuestro derecho positivo una naturaleza compensatoria y como tal viene en lugar de la indemnización de perjuicios. Es ésta la razón del artículo al prescribir que el acreedor no tiene derecho a exigir simultáneamente la obligación penal y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por él, sino que solamente cualquiera de las dos cosas a elección suya.

Sin embargo, reconociendo el legislador salvadoreño el principio de que los contratos hacen las veces de ley entre los que los han hecho, acepta como excepción a la regla, el caso en que las partes expresamente hubieran estipulado que el acreedor pueda llegada la ocasión, demandar al mismo tiempo la pena y los perjuicios.

Puede ocurrir también que el acreedor haciendo uso del derecho alternativo que le concede la ley para demandar la pena o la indemnización de perjuicios haya optado por la

pena, y que ésta no haya sido suficiente para reparar los perjuicios realmente sufridos. En este supuesto, el acreedor podrá de conformidad con las reglas generales establecidas en el título correspondiente a los efectos de los contratos y de las obligaciones, exigir la indemnización correspondiente; pero eso sí, únicamente por la parte de perjuicios que no haya sido reparada con la pena.

"Art. 1415.- Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la pena todo lo que exceda al duplo de la cantidad ofrecida en pago.

La disposición anterior no se aplica a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, en las cuales se deja a la prudencia del Juez moderar la pena, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".

Historia del Artículo.

En el Código Civil, edición de 1860, el artículo transcrito, tenía por texto el siguiente, bajo el N.º. 1478: "Art. 1478.- Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe de prestarse, y la pena consis

te asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá -
pedirse que se rebaje de la pena, todo lo que exceda al du--
plo de la cantidad ofrecida en pago.

"La disposición anterior no se aplica al mútuo ni a las
obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el -
primero se podrá rebajar la pena en lo que excede al máximum
del interés que es permitido estipular.

"En las segundas se deja a la prudencia del Juez mode---
rarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".

En la ley de 30 de marzo de 1880 el artículo 1478 fué -
reformado reduciendo sus tres incisos últimos a uno solo, -
quedando entonces el artículo con dos incisos, el primero -
sin haber sufrido variación alguna, y el segundo redactado -
en la forma siguiente: "La disposición anterior no se aplica
a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, en
las cuales se deja a la prudencia del Juez moderar la pena,
cuando atendidas las circunstancias, pareciere enorme".

Con esta enmienda aparece en las ediciones de Códigos -
de 1880, 1893, 1904, 1912, 1926 y 1948.

Los Códigos Civiles de los diversos países no han adop-
tado el mismo criterio en lo que respecta al problema de la
reducción o inmutabilidad de la prestación contenida en la -
obligación penal, cuando ésta según las circunstancias pare-
ciere excesiva.

Unas legislaciones han aceptado el sistema que tiene -
por principio la inmutabilidad absoluta de la pena, respetan

do en esa forma el acuerdo de las partes en la determinación de la cantidad ofrecida en concepto de pena; otras legislaciones aceptan que la pena puede ser modificada prudencialmente por el Juez cuando a juicio suyo le pareciera enorme; y en fin otros códigos consagran un sistema mixto, cuando aceptan en principio la inmutabilidad de la pena; pero concediendo facultad al Juez de poder reducirla, siempre que pasase de ciertos límites.

Dentro de las legislaciones que han adoptado este último sistema se encuentra el derecho positivo salvadoreño, sin desconocer desde luego, que para ciertos casos que veremos, ha aceptado el del libre arbitrio judicial.

La cláusula penal tal como se encuentra reglamentada en nuestro Código Civil, se estipula en vista de lograr por su medio, una garantía de cumplimiento de una obligación y una liquidación anticipada de daños y perjuicios. En consideración a este último fin, se trata de evitar las dificultades que ofrece la tasación de los daños y perjuicios que la falta de cumplimiento de la obligación puede ocasionar al acreedor, se suprime la arbitrariedad de los jueces al determinarse por las partes la suma compensatoria, que nadie mejor que ellas estará en aptitud de saber apreciar, y se deja en esa forma reducida la actuación del Juez a una mera ejecución de la voluntad de las partes.

La Cláusula penal en efecto, tal como queda dicho, tiene un origen contractual y por consiguiente constituye ley -

para las partes contratantes.

Sin embargo el artículo que comentamos deroga en parte ese principio consignado en nuestra ley civil, al otorgar al Juez facultades para modificar lo que las partes han libremente convenido. Esa facultad otorgada a los jueces, tiene lugar en los dos casos siguientes:

Primero: "Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la pena todo lo que exceda al duplo de la cantidad ofrecida en pago", inciso primero del Art. 1415.

De la simple lectura de ese inciso se nota que él se contrae al caso de un contrato conmutativo, o sea aquél por el cual, según lo establece el artículo 1312 del Código Civil, cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.

Para que pueda reducirse la pena por los Tribunales, será necesario pues, que se reúnan los requisitos que menciona el inciso, es decir que debe de tratarse como dijimos, de un contrato oneroso conmutativo, que uno de los contratantes se comprometa a pagar a otro una cantidad determinada como equivalente a lo que por la otra parte debe de prestarse, y que la pena consista también en una cantidad determinada.

Como excepción que es el artículo que comentamos a la regla de que todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes, es necesario que su interpretación se haga en forma restrictiva, y en consecuencia, si uno de los requisitos que la Ley exige no concurriere, tendrán que aplicarse los principios generales, no pudiéndose pedir la rebaja de la pena en todo lo que exceda al duplo de la obligación principal.

Un caso de aplicación al inciso primero del artículo 1415 será el siguiente:

Pedro vende un radio a Juan por ₡400.00, sujetándose éste a una pena de ₡900.00 para el caso de que en determinada fecha no cumpla su obligación entregando el precio.

En el ejemplo propuesto, Juan tendrá derecho a pedir que se rebaje de la pena, ₡100.00 que es la cantidad que excede del duplo de la cantidad ofrecida en pago; pues en él, se reúnen todos los requisitos exigidos por la Ley. En efecto: 1ª) La compra-venta, es un contrato oneroso conmutativo; 2ª) Juan se comprometió a pagar a Pedro una cantidad determinada, los ₡400.00 que se miran como equivalente al radio que éste entregó; 3ª) La pena consiste también en una cantidad determinada (₡900.00) y 4ª) La pena estipulada, los novecientos colones, exceden al duplo de la cantidad ofrecida en pago o sean los ₡400.00.

La pena pues según la regla legal, no debe de sobrepasar a aquella suma que sea igual al doble de la obligación -

principal, en caso contrario, el deudor tendrá derecho a pedir que se rebaje el excedente y el Juez deberá acordarlo.

Segundo caso: En las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado "en las cuales se deja a la prudencia del Juez moderar la pena, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."

En las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado pues, no se aplica la regla consignada en el inciso -- primero del artículo que comentamos, ya que su misma naturaleza rechaza ese criterio; pero en ellas el Juez puede a juicio prudencial suyo, rebajar la pena cuando atendidas las -- circunstancias pareciere enorme.

La ley dice que en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado se deja a la prudencia del Juez moderar la pena "cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme" ;cuales son esas circunstancias? la ley no sienta ninguna regla que sirva de guía a los Jueces para determinar -- cuando debe de apreciarse enorme la pena, por lo que se concluye que en estos casos, el arbitrio judicial es absoluto.

Determinar cuales son esas circunstancias es una cuestión de hecho que el Juez debe de resolver prudencialmente.

Una sentencia chilena ha resuelto que "es enorme la multa de 20 pesos que se estipuló entre un arrendador y un --- arrendatario de un fundo por cada árbol que este último cortare. En tal caso se redujo la pena al duplo del valor de -

los árboles cortados por el arrendatario".

Desconocemos los considerandos de tal sentencia; pero notamos que el tribunal respectivo procedió atribuyendo a la obligación de no cortar cada árbol, un valor, y sobre ese valor aplicó la regla de la rebaja, de lo que exceda al duplo.

Sin negar que el artículo 1544 del Código Civil Chileno, concordante con el artículo 1415 del nuestro, faculta al Juez para que a su prudencia modere la pena cuando por las circunstancias pareciere enorme, estimamos que los medios de que se hizo uso para ello, fueron innecesarios.

----- -oOo- -----

CAPITULO IX

Conclusión

Del estudio que hemos hecho al articulado de nuestro Código Civil en lo que atañe al punto de nuestra Tesis, concretamos nuestras sugerencias así:

1º.- Que se traslade el Título referente a las obligaciones con cláusula penal, al campo de la contratación, en donde debe de ser estudiada como un contrato especial bajo el nombre de "La Cláusula Penal".

2º.- Que se reforme el contenido del artículo 1406 en el sentido siguiente: "La Cláusula penal es aquélla en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena, que consiste en dar, hacer o no hacer

algo en los casos en que faltare a su compromiso".

3º.- Que se supriman los incisos 2º. y 3º. del artículo 1407, quedando en consecuencia con un solo inciso, el primero.

4º.- Que se reforme el artículo 1408 en los términos siguientes: "Constituido el deudor en mora, el acreedor no podrá pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio: a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal; y

5º.- Que se traslade el contenido del Artículo 1411, que trata de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación penal, al Título X del Libro IV del Código Civil, correspondiente a las obligaciones divisibles e indivisibles.

