

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**LA PENA CONVENCIONAL EN EL
DERECHO PRIVADO MEXICANO**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
Ramón Garza Hernández

CIUDAD UNIVERSITARIA
MEXICO. D. F.
1968

1103



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A las valiosas sugerencias y sabia dirección del Sr. Lic.

Guillermo Cordero Stanchak

*Con todo cariño y respeto a mi Maestro y Director del Seminario
de Derecho Civil: Sr. Lic. Leopoldo Aguilar C.*

A mis amigos:

Lic. Othón Flores Vilchis

Lic. Efraín Gómez Cuevas

Lic. Edmundo Durán Castro

Lic. Rubén D. Barroso G.

AL SR. LIC. JAVIER PEREZ OLAGARAY

*Presidente Municipal Constitucional de Tlal., Méx.
en reconocimiento al Hombre y al Funcionario.*

"HONRARAS A TUS PADRES"

A MIS PADRES: SR. ENRIQUE GARZA MONTES.

SRA. LUISA HDEZ. DE GARZA

A MIS HERMANOS

A MI ESPOSA

Es idea central del presente estudio, la pena convencional en el Derecho Privado Mexicano. El análisis crítico de la misma, dentro de la dinámica del convenio; ésta, como misión ordenadora de finalidades de las partes. Lo cual realiza el cumplimiento de las obligaciones pactadas por las mismas partes que intervienen en la relación jurídica contractual.

Desde nuestros estudios en materia civil se centró nuestra atención en la cláusula penal, como parte integrativa de los contratos, toda vez que a través de ella es factible la resolución ad-futurum de responsabilidades resultantes del cumplimiento a lo pactado. O sea, que a través de la susodicha pena convencional queda plenamente garantizada la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de alguna de las voluntades expresamente manifestadas. Por otra parte, su valor jurídico radica, fundamentalmente, en que queda al libre arbitrio de los contratantes, la cuantificación de la indemnización estipulada.

Además, al estudiar la teoría general de los contratos, hallamos que sin la valoración debida a la pena convencional, en caso de incumplimiento, las controversias serían aún mayores, lo cual no ocurre con la estipulación y exigibilidad de la propia figura jurídica que estudiamos.

En nuestro concepto, la trascendencia de la pena convencional es la coercibilidad exigida por la misma, jurídica, económica y psicológicamente, respecto a las partes interventoras en la formulación del contrato. De esto deducimos que, con la fijación de una mayor cuantía en relación a la obligación principal o primigenia —contrato—, como objeto mediato esté la coacción al cumplimiento del mismo.

Nos hemos entregado de lleno al estudio, análisis y fijación, dentro del amplio marco jurídico de la pena convencional, en atención al justo punto de equidad que establece en relación a la manifestación de voluntad en la consolidación y cumplimiento de los contratos. Asimismo, y dentro de la propia definición de derecho, cristaliza el viejo axioma jurídico de otorgar a cada quien, lo que conforme a derecho le corresponde.

Realizamos un estudio general de la pena convencional en las diversas legislaciones para dejar plenamente demostrada la importancia que a la misma se le otorga en todas ellas, así como en la Legislación Mexicana en vigor.

Si alguna aportación puede hallarse en el esfuerzo que presentamos a la elevada consideración de los destacados juristas que habrán de conocer de ella, ésta radica, según lo establecimos en el Capítulo III, parte final, que denominamos: El artículo 1843 en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928. Es decir, reiterando, sostenemos que para hacer más valedera la pena convencional, debe elevarse, valorativamente hablando, en razón superior a la suerte principal estipulada en el contrato.

Otra preocupación que nos ha asediado, ha sido la de, a través de lo expuesto, hacer cada vez más efectivos los caracteres de expedición, prontitud y eficacia de la ley en todas y cada una de las relaciones contractuales en nuestro medio jurídico.

Finalmente, nos sometemos a la benevolencia de los maestros que ya con el sólo hecho de aceptar nuestro modestísimo trabajo, demuestran su obra fecunda en favor de la JUSTICIA.

Es gratitud.

LA PENA CONVENCIONAL EN EL DERECHO PRIVADO MEXICANO

CAPITULO I.—LA NATURALEZA JURIDICA DE LA PENA CONVENCIONAL.

- 1.—El contrato como fuente de obligaciones.
- 2.—Cláusulas que pueden contener los contratos.
- 3.—El concepto de daños y perjuicios y la pena convencional.

CAPITULO II.—REFERENCIAS LEGISLATIVAS E HISTORICAS

- 1.—Antecedentes Históricos.
 - a) Derecho Romano.
 - b) Derecho Canónico
- 2.—Derecho Comparado.
 - a) Derecho Francés.
 - b) Derecho Español.
 - c) Derecho Alemán.
 - d) Derecho Nacional. (Códigos de 1870 y 1884)
 - e) Derecho Anglo-Sajón.

CAPITULO III.—LA PENA CONVENCIONAL EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

- 1.—Diversas clases de pena convencional.
- 2.—La pena convencional moratoria y la acción de cumplimiento de contrato.
- 3.—La pena convencional compensatoria.
- 4.—El artículo 1843 del Código Civil.

CONCLUSIONES.

CAPITULO I

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA PENA CONVENCIONAL

- 1.—El contrato como fuente de obligaciones.
- 2.—Cláusulas que pueden contener los contratos.
- 3.—El concepto de daños y perjuicios y la pena convencional.

1.—*El contrato como fuente de obligaciones.*—El Derecho Civil como rama del Derecho en General, tiene carácter imperativo-atributivo, es decir sus normas al mismo tiempo que imponen deberes atribuyen simultáneamente ciertas facultades.

El Derecho Civil tiene mayor número de normas facultativas que otros ordenamientos, y es en materia contractual donde se connota el mayor número de normas de esta especie sin embargo, encontramos ciertas limitaciones a la ejecución de actos jurídicos por las partes que intervienen en los contratos. Empero, estas limitaciones no impiden que los particulares celebren actos jurídicos con libertad para actuar y obligarse en la forma adecuada y conveniente a sus intereses.

Ahora bien, previo el estudio del contrato como fuente de obligaciones, principio obligado a la exégesis de la Pena Convencional, consideramos que es menester plantear algunas definiciones que en punto a la Teoría General de las Obligaciones han sido elaboradas por diferentes tratadistas. Procedemos así ya que definir es una de las operaciones más difíciles del espíritu y el conjunto de definiciones que se ofrece, nos permite precisar una breve exégesis de la obligación.

Pasaremos a citar dichas definiciones.

En las Institutas de Justiniano es definida la obligación como el vínculo de derecho por virtud del cual el deudor se encuentra constreñido a pagar alguna cosa según las leyes de la Ciudad (1).

Pothier define a la obligación como "... el vínculo de derecho

que nos sujeta respecto a otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa" (2).

Beaudry-Lacantinerie-Barde, nos dicen, "La obligación, en el sentido jurídico de la palabra puede definirse como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están civilmente comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinadas a dar a hacer o a no hacer alguna cosa" (3).

Para Giorgi la obligación es, "...un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas en el cual, una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer alguna cosa" (4).

Marcel Planiol en su Tratado de Derecho Civil Francés nos dá el siguiente concepto de obligación, "...un vínculo de derecho por el cual una persona está sujeta para con otra a hacer o no hacer alguna cosa" (5).

Para Colín y Capitant, la esencia de las obligaciones es, "...el vínculo de derecho entre dos personas en virtud del cual el acreedor puede constreñir al deudor sea a pagarle una suma de dinero o entregarle una cosa, sea a ejecutar una prestación que puede consistir en hacer alguna cosa o en abstenerse de un acto determinado" (6); después nos dicen que la obligación es "...una relación entre dos personas que se analiza en un poder conferido al acreedor respecto del deudor que permite sujetar a éste a una prestación ventajosa para aquél" (7).

El jurisconsulto René Demogue en su Tratado de las Obligaciones en General nos dice, que la obligación, "...es la situación jurídica que tiene por objeto una acción o abstención de valor económico o moral, de la cual ciertas personas deben asegurar la realización" (8).

Bonnecase define a la obligación diciendo: "El derecho de crédito (obligación) es una relación de derecho en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene el poder de exigir de otra llamada deudor la ejecución de una prestación determinada, positiva o negativa y susceptible de evaluación pecuniaria" (9).

Levy-Ullmann define a la obligación desde el punto de vista patrimonial, diciendo: "La obligación es la institución jurídica que expresa la situación respectiva de las personas de las cuales una (llamada deudor) debe hacer o beneficiar a la otra (llamada acreedor) de una prestación o de una abstención y que corresponde, bajo los nombres de crédito y de deuda, el elemento particular de activo y de pasivo engendrado por esa relación en el patrimonio de los interesados" (10). Haciendo figurar en esta definición el valor pecuniario de activo y pasivo de las personas.

Por parte el jurista Ernesto Gutiérrez y González define a la obligación como, "El Derecho Personal, Derecho de Crédito u obligación, es la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor que puede exigir, de otra llamada deudor, que debe cumplir, una prestación patrimonial de carácter pecuniario o moral" (11).

De las precitadas definiciones, deducimos que la característica de las obligaciones varía según los autores, pues la presentan como un vínculo, relación, necesidad jurídica, aludiendo así al objeto de la obligación.

De las definiciones expuestas podemos aventurarnos a definir a la obligación en general, como la sujeción consensual de dos o más personas que se comprometen a realizar determinada prestación de carácter pecuniario o moral, que de no cumplirse por la parte obligada (deudor) faculta a la beneficiaria (acreedor) para solicitar su cumplimiento normal o equivalente por medio de los órganos idóneos preestablecidos.

Ahora que tenemos una idea clara de lo que se entiende por obligación, nos es posible hacer un estudio breve del contrato y diremos que el contrato es la fuente principal de las obligaciones y derechos.

El contrato se reglamenta en capítulo especial, de acuerdo con las legislaciones, continentales e Hispano-Americanas.

La misma importancia que reviste esta institución nos impone hacer una exposición panorámica del mismo, dados los límites de

este sumario apunte.—Tradicionalmente la doctrina establece en relación al convenio y al contrato los conceptos siguientes. "Convenio es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendiente a producir efectos jurídicos de crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones". "Contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos, tendiente a producir efectos jurídicos, de crear y transferir derechos y obligaciones". Por tanto el convenio y el contrato tienden a producir efectos jurídicos, distinguiéndose en el contrato en que su fin primordial o esencial es de crear y transferir derechos y obligaciones. Asimismo, "Los contratos son aquellos actos jurídicos para cuya concepto es esencial la existencia de dos voluntades coincidentes; en ellos la voluntad declarada por una parte debe ser recogida y sujeta por la declaración de voluntad de la otra parte" (Windscheid) (12).

El contrato es la institución jurídica, que mejor está determinada, y cuyos elementos esenciales se encuentran constituidos por un acuerdo bilateral de voluntades y por la creación de una situación jurídica individual, no general.

Al decir acuerdo bilateral de voluntades, nos referimos a la voluntad emanada de dos o más personas, las cuales crean una situación jurídica individual que es el segundo elemento esencial y que no es otra cosa que la determinación de una serie de obligaciones y derechos nacidos por ese mismo acuerdo de voluntades.

La función primordial del contrato es crear o dar nacimiento como se ha referido, a una serie de obligaciones y derechos, para satisfacer necesidades de carácter económico, y que varían en cada caso.

Es de hacerse notar que cuando se dice que se crea una situación jurídica individual y no general, es porque la voluntad de las partes que intervienen en el acto jurídico de que se trata, son las que determinan la cosa vendida, el precio, y demás modalidades, etc., por medio de cláusulas, como medio para facilitar la realización y precisión del mismo.

El contrato como situación jurídica individual tiene una serie de efectos jurídicos, estos pueden dividirse en efectos generales

y efectos especiales de cada uno de los contratos. Pero dada la simplicidad de este opúsculo sólo trataremos los efectos generales, a saber: La fuerza obligatoria, la relatividad, el incumplimiento y la responsabilidad contractual.

El fundamento de validez del contrato se encuentra en la fuerza obligatoria, que es la consecuencia directa o inmediata de la función contractual, es decir, las partes que intervienen en la elaboración del acto jurídico contractual, están obligadas a cumplir con lo prescrito, estipulado o pactado, ya que todas y cada una de las consecuencias que dimanen del negocio jurídico de que se trata, son equivalente o equiparadas y asimiladas a la ley, norma o estatuto.

El principio es seguido por el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que dice: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley". "Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias, que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

En consecuencia, el contrato obliga a las partes a cumplir con las obligaciones pactadas, y por ello no puede dejarse al arbitrio de alguna de las partes, el cumplimiento de las obligaciones estipuladas. En caso negativo, podrá la otra parte contratante exigir judicialmente su cumplimiento, por los medios coercitivos necesarios para tal efecto.

El alcance del principio que venimos analizando, no sólo obliga a su cumplimiento en lo pactado por las partes dentro del contrato sino también a las consecuencias que según la naturaleza de la relación obligatoria se desprendan, como lo prescribe el artículo, citado.

Otro de los principios señalados con anterioridad también es respaldado a nuestro entender por el anterior precepto cuando dice: "...obliga a los contratantes...". Esto es, tomando el principio Romano que se expresa, "Res inter alios acta neque nocet, neque, podest debet esse." (Lo hecho entre unos no puede perjudicar ni

aprovechar a otros. (13) Lo anterior lógicamente se desprende del acto jurídico que se viene estudiando, pues la voluntad de las partes proviene el nacimiento del contrato, por lo que es natural que produzca únicamente efectos obligatorios respecto de las que intervienen en el acto jurídico convencional o sea que las partes, y no los terceros, que no han participado en él, y no siendo válidamente representados, son los únicos que aparecen vinculados en la relación jurídica de que se trata, y para quienes surte la plenitud de sus efectos. También las partes pueden prevalerse del contrato, y oponerse a terceros.

El último de los efectos del contrato en general es el incumplimiento y la responsabilidad contractual, que es el principal efecto para el estudio que se viene emprendiendo. Es el incumplimiento respecto del cumplimiento principal efecto, principio y fin de las obligaciones contraídas y este cumplimiento debe ser realizado con toda precisión a lo estipulado por los contratantes, para alcanzar el fin esperado. Por tanto, "El primer efecto de las obligaciones es que el deudor debe ejecutarlas y el acreedor puede exigir la ejecución." (14)

Si el contrato origina entre las partes una serie de obligaciones, estas deben ser cumplidas. Por lo general, el deudor o sea el obligado, debe realizar la ejecución de las obligaciones, en forma voluntaria, pero llega a ocurrir que el deudor no puede o no quiere cumplir con las obligaciones, presentándose así el caso de incumplimiento, lo que da origen a la responsabilidad contractual. El acreedor puede exigir del deudor, el cumplimiento, en la naturaleza, tiempo, forma, modo etc. . . . , de lo prometido, por medio de la intervención de la fuerza pública (embargos, apremios, etc. . . .) para su debido cumplimiento. En el presente caso, si el acreedor, no puede o no quiere demandar la ejecución en la naturaleza de lo prometido, puede exigir del deudor la indemnización de daños y perjuicios, a la parte que no cumplió con el contrato.

Lo que se llama en derecho, responsabilidad contractual en el caso indicado con anterioridad, consiste en la obligación que tiene la parte que dejó de cumplir el contrato, de indemnizar por los daños y perjuicios causados. El principio de este concepto es respaldado

por los artículos 2104, 2028, 2105 del C.C. que veremos con más detenimiento cuando se analicen los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual.

Por último podemos decir que el contrato da nacimiento a la creación de una situación jurídica nueva, como se ha distinguido a través de la secuencia de este trabajo, y que el contrato es creador de una situación jurídica nueva para las partes que intervienen en él, dado, que por medio del mismo se efectúa una función económica de cambio es decir se modifica la composición del patrimonio de las partes a través de esta operación jurídica, que es el contrato o convención. Debiendo aclararse que los efectos que producen los contratos, pueden ser percibidos por terceras personas ajenas a dicha relación contractual, ya que los contratantes pueden ser acreedores o deudores de terceras personas.

2.—CLAUSULAS QUE PUEDEN CONTENER LOS CONTRATOS.—De acuerdo con la anterior exposición, resulta ahora fácil entrar al estudio del tema concreto a que se refiere.

Se ha dicho, en el curso del anterior apartado, que las partes tienen las más amplias facultades para contratar y obligarse en la forma que estimen conveniente a sus intereses, con la excepción de las que afecten el orden público, leyes prohibitivas o de interés público, prescrito en el artículo 8 del ordenamiento citado, por efecto del principio de libertad contractual, que se traduce, en que el contrato es suprema ley entre las partes. Por lo tanto, las partes tienen facultad de acordar y pactar las cláusulas que crean convenientes para facilitar la realización exacta de su contenido, por medio de estipulaciones o especificaciones precisas de las obligaciones a que están sujetas cada una de las partes.

Por ello se han instituido las cláusulas en los contratos, si las partes omitieran, determinadas obligaciones la ley sustituye la voluntad de estas para su debido cumplimiento.

En virtud de que en los contratos se estipulan una serie de cláusulas de muy diverso contenido es necesario efectuar una clasificación, que haremos de acuerdo con lo que nos dice el tratadista Po-

thier: 1º—Las cosas esenciales, 2º—Las cosas naturales, 3º—Las cosas accidentales. 1º—Las cosas que son esenciales del contrato son aquellas sin las cuales ese contrato no puede subsistir. Faltando una de esas cosas o no hay contrato absolutamente o es otra especie de contrato. 2º—Las cosas naturales son las que están sobreentendidas en el contrato, cuando las partes no han explicado, pero que no siendo la esencia del contrato pueden ser suprimidas en él por una estipulación formal. 3º—Las cosas accidentales son aquellas que no estando en la naturaleza del contrato no pueden estar contenidas en él sino por virtud de una cláusula particular." (15). Cuando Pothier habla de cosas debe entenderse que se refiere a las Cláusulas. El artículo 1839 del Código Civil reafirma lo dicho anteriormente.

Ahora bien, hay en el Código Civil vigente un apartado con la enunciación que hemos escogido en el presente inciso, que va de los artículos 1839 al 1850. En estos preceptos encontramos la reglamentación de la Pena Convencional o Cláusula Penal como es conocida en los medios jurídicos contractuales.

En algunos contratos encontramos estipulaciones o convenios para el caso en que la obligación no se cumpla de acuerdo con lo pactado. Estos convenios de responsabilidad son aquellos en los cuales los contratantes acuerdan estipular la reglamentación de la extensión del daño sufrido por el acreedor, en caso de que el deudor no cumpla con la obligación u obligaciones pactadas. Estos convenios son contenidos en Cláusulas.

Se encuentran, por tanto, diversas especies de cláusulas de responsabilidad: Unas que aumentan la responsabilidad, y otras que la limitan o excluyen. Las primeras son válidas; de esta especie encontramos entre otras, la siguiente: En los contratos en los cuales se estipula cláusula en la cual toma el deudor a su cargo el riesgo del caso fortuito o fuerza mayor, para el caso de incumplimiento. Estos son una forma de seguro convenido para el acreedor, que la asume el deudor. En la segunda especie, o sea en las que se limita o excluye la responsabilidad, encontramos en estas algunas cláusulas que son insertadas en el contrato para el efecto de limitar o excluir la responsabilidad del deudor, para el caso de que no se cumpla con las obligaciones convenidas, no surten efecto tales cláusulas en el

caso de que ocurra el incumplimiento por dolo o falta grave que es asimilada al dolo, ya que en este caso o especie, proviene de culpa para de uno de los contratantes. Estas cláusulas son también legalmente válidas, pues no es ilícita la renuncia a la indemnización en tales situaciones jurídicas concretas.

A este respecto nos señala Hémarit lo siguiente: "En materia contractual las cláusulas de no responsabilidad son válidas el deudor puede declarar al acreedor, sea que no responderá de la ejecución de su obligación (Cláusula de exclusión de responsabilidad o de no responsabilidad), sea que no responderá sino de una manera restrictiva o hasta la concurrencia de cierta cifra (cláusula limitativa de responsabilidad). Se explica esta validez porque al obligarse cada parte puede fijar el alcance y la extensión de su obligación y si su contratante encuentra que el contrato le es demasiado favorable, queda en libertad para no contratar, al menos fuera de ciertos contratos de adhesión..."(16).

3.—El concepto de daños y perjuicios y la pena convencional.—

De lo expuesto con anterioridad, podemos decir con Chironi que: "La obligación validamente constituida impone al que está obligado a prestarla el deber de cumplirla con aquella exactitud que está en la intención de las partes según su respectiva posición en el contrato estipulado."(17) Si el obligado no cumple con la obligación pactada dejando de hacerla, dá como consecuencia, "la responsabilidad civil, consistente en la obligación que tiene una persona de indemnizar a la otra los daños y perjuicios que se le hayan causado."(18) La responsabilidad que se viene analizando tiene su origen en la conducta ilícita desplegada.

La responsabilidad civil puede tener dos órdenes o clases, contractual y extra-contractual. A este respecto nos dicen los Maze-mad: "Que entre los dos órdenes de responsabilidad (contractual y extra-contractual), aunque existen diferencias accesorias, la diferencia principal consiste en que en los casos de responsabilidad extra-contractual, un hecho produce esa responsabilidad, sin que antes de ese hecho jurídico haya acreedor y deudor; mientras que en el caso de responsabilidad contractual hay una obligación preexistente

que se convierte en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios." (19).

La institución de daños y perjuicios está formada por dos vocablos: daños por una parte y perjuicios por otra. Llámase daño a todo detrimento o lesión que una persona sufre en el alma cuerpo o bienes, quién quiera que sea su causante, y cualquiera que sea su causa, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre. Este es el concepto general que podemos considerar de daños y perjuicios.

En el lenguaje científico se parte del concepto vulgar o usual, para fijar el concepto científico de lo que se va a definir. En el presente caso el vocablo Daño (Damnum) incluye en él todos los perjuicios que el individuo sujeto de derecho sufre en su persona y bienes jurídicos, con la excepción de los que se irroga el propio perjudicado. Únicamente, al derecho positivo y nada más a él, le interesa el daño en cuanto a sus efectos jurídicos, que con ese motivo se determina por la falta de cumplimiento de la obligación.

La expresión romana usada de "Damnum Emergens", y "Lucrus-Cessam", Daño Emergente y Lucro Cessante, corresponde a la pérdida, falta, o disminución que se opera en el patrimonio de una persona con lo que pudo ganar, es decir lo que dejó de lucrar, dejando de aumentar en su patrimonio (el acreedor) con motivo del incumplimiento de una obligación.

En la legislación Napoleónica, esta institución se conoce con la denominación de daños e intereses, correspondiendo a daños, la disminución real sufrida por una persona en su patrimonio y a intereses todo aquello que ha dejado de percibir y que podría esperar del cumplimiento de una obligación.

En nuestro Derecho Civil vigente encontramos definida esta institución en los artículos 2108 "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación." Desde el punto de vista jurídico comprende, el caso que la cosa se pierda o se extinga totalmente, y en el caso que sin perecer solamente sufre una mengua, un deterioro, una depresión pues puede y debe representar un daño positivo, es lo que se

entiende por "Damnum-Emergens".

A continuación, el artículo 2109 del mismo ordenamiento definió al perjuicio decidiendo, "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haber obtenido con el cumplimiento de la obligación.. Se deduce de este artículo que el perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita, representándola como la falta de aumento del patrimonio del acreedor y que es consecuencia directa por el incumplimiento de una obligación; es la privación de una ganancia lícita, correspondiendo al concepto de "Lecrus Cessans", o sea lucro que ha sido frustrado.

Es de notar que los preceptos citados se han elaborado desde el punto de vista y en relación al patrimonio, por lo que nos es necesario e indispensable que nos refiramos a él dando la siguiente definición según "René Foignet", "El patrimonio es para una persona el conjunto de sus derechos y de sus obligaciones apreciables en dinero. Constituye una universalidad jurídica", (20).

Pero en cuanto a la responsabilidad civil, proveniente de contrato nos interesa el patrimonio no solamente como un conjunto o unidad de bienes; sino como unidad valor la cual está constituida por una suma total de valores de todos y cada uno de los bienes que lo integran deduciendo el monto de las deudas.

Únicamente nos resta decir, que la responsabilidad civil no solamente es privativa del incumplimiento de las obligaciones contractuales; sino también de las obligaciones extra-contractuales, como se ha referido con anterioridad en el inciso correspondiente, encontrando entre otras: la declaración unilateral de voluntad, el pago de lo indebido, la gestión de negocios, los hechos ilícitos etc.

Hemos expresado en multitud de ocasiones, que, dada la libertad con que cuentan las partes en la elaboración en sus respectivas transacciones, aquellas pueden obligarse en la forma que estimen pertinente de acuerdo con sus intereses, salvo las limitaciones que la ley les imponga como prohibiciones en forma imperativa, de acuerdo con las corrientes que imperen en determinado lugar, (por preceptos, leyes imperativas, o de orden público, etc.).

Así, encontramos que las partes pueden estipular o pactar las cláusulas que crean convenientes, y necesarias para la realización del contenido de la obligación, pactada, contraída, salvo que la ley disponga otra cosa.

Con anterioridad nos hemos referido también a los convenios de responsabilidad, y en relación a esto, el precepto 2117 del ordenamiento civil, nos dice: "La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa. Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resultaren de la falta de cumplimiento no podrá exceder del interés legal, salvo convenio en contrario". Por tanto, las partes pueden estipular y en algunas ocasiones lo hacen para el caso en que una obligación no se cumpla, en el modo, forma, naturaleza de lo pactado, prescribiendo una pena en dinero por una cantidad determinada, como daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento de la obligación y determinan en esa forma el importe eventual de la indemnización, ya que nadie mejor que las mismas partes pueden por sí mismas estimar los daños y perjuicios que se causen las unas a las otras, por la falta de cumplimiento de la obligación que contrajeron; ésta en relación con el precepto del mismo ordenamiento marcado con el número 2117.

La cláusula deresponsabilidad civil (cláusula penal o pena convencional) es estipulada por las partes en los convenios y tiene como fundamentación, responsabilizar al que incurra en incumplimiento de la obligación pactada a satisfacer la pena señalada, sin que sea necesaria la comprobación de que se haya ocasionado perjuicio o daño alguno.

La cláusula penal o pena convencional, se ha definido por Marcel Planiol en la forma que sigue: "Las partes pueden determinar por sí mismas, por anticipado, el importe de la indemnización que habrá que abonar en caso de incumplimiento, o retardo en el cumplimiento de la obligación. Esta fijación se hace por medio de pacto denominado cláusula penal". (21).

Nuestro ordenamiento vigente la define en el precepto número

1840. "Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrá reclamarse además daños y perjuicios". Se desprende de este precepto que la cláusula penal o pena convencional es válida plenamente, ya que es reconocida y reglamentada en nuestro derecho, y por tanto no puede ser discutida dicha validez. La estipulación de esta cláusula se hace para el caso y efecto de que no se cumpla la obligación prometida, ya sea en la forma total o parcialmente, dando origen a la pena pactada, cuando no se cumpla en la forma convenida, aunque se cumpla la obligación en su totalidad. Al reclamar el acreedor la pena instituida por las partes, no se puede reclamar, sino únicamente por la cantidad que se ha estipulado aún cuando se le haya ocasionado por la falta de cumplimiento de la obligación pactada, un perjuicio mayor. La pena representa en numerario los daños y perjuicios que se pueden ocasionar por el incumplimiento de la obligación, y por tanto el incumplimiento hace acreedor a quien sufre el perjuicio.

El artículo que nos sirve de análisis, no determina si al hacerse o elaborarse el convenio, debe estipularse la cláusula penal o pena convencional, o puede hacerse con posterioridad, y por separado. ¿Es válida si se hace por separado? Nuestra respuesta es negativa por razón de que la cláusula penal es una obligación accesoria a una obligación principal, y que sigue a ésta en la suerte que tenga y efectos jurídicos respectivos. que pueden o no surtir, por ejemplo: impugnarse por nulidad, o inexistencia, además si la obligación principal es nula o inexistente, la obligación accesoria es nula porque los efectos de ésta acarrear los orígenes de aquella.

De lo expuesto, en el presente capítulo sobre la naturaleza jurídica de la pena convencional debemos decir que es de naturaleza contractual, formal y material a diferencia de los convenios de responsabilidad o de la responsabilidad civil en general ya que no se puede aquella concebirse de una naturaleza distinta al convenio. Por tanto la validez de las mismas no puede ser distinta. La pena convencional, nace de la voluntad de las partes, cuyo efecto teleoló-

gico es el de pactar en forma precisa la responsabilidad civil que se puede ocasionar por el incumplimiento del deudor, al acreedor.

Estas afirmaciones son de carácter legal, pero también encontramos características económicas, por ejemplo: entre otras, las de que en la práctica se hace sumamente difícil lograr las indemnizaciones por daños y perjuicios, evitando por estas cláusulas penales, la tasación por peritos a posteriori de los daños y perjuicios al realizar una conducta ilícita contractual que pueda ocasionar el efecto.

CAPITULO II

REFERENCIAS HISTORICAS Y LEGISLATIVAS DE LA PENA CONVENCIONAL

Introducción.

- 1.—Antecedentes Históricos.
 - a).—Derecho Romano.
 - b).— " Canónico.

- 2.—Derecho Comparado:
 - a).—Derecho Francés.
 - b).— " Español.
 - c).— " Alemán.
 - d).— " Nacional (Códigos de 1870 y 1884).
 - e).— " Anglo-Sajón.

Introducción.—El presente capítulo tiene por objeto el estudio de los antecedentes históricos de los derechos romano y canónico, así como de las legislaciones civiles de los siguientes países: Francia, España, Alemania, Nacional y Anglo-Sajón. Con la esperanza de así haber completado la figura jurídica tratada, y estar en posibilidad de pasar al estudio de la pena convencional o cláusula penal en nuestro derecho civil moderno.

Antecedentes Históricos.—Derecho Romano.—En el siglo IV A.C., se responde por el cumplimiento de las obligaciones con la propia existencia humana, y los efectos consecuentes eran terribles para los deudores quienes podían perder la vida, sufrir esclavitud, u otras privaciones de libertad. Por entonces, las cláusulas penales tenían consecuencias bárbaras para los deudores, forma común para asegurar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones, correspondiendo a este concepto la idea de sanción.

La "Lex Paetilia Papiria" del año de 428 A.C., con la cual dejó

de tener las consecuencias bárbaras indicadas, y únicamente se respondía del cumplimiento de las obligaciones contraídas con los bienes, del deudor. También, mediante la cláusula penal "Stipulatio Poenae", como se llama esta figura jurídica en el derecho romano, las partes estipulaban en algunas ocasiones el pago de una suma de dinero para el caso de inexecución de la obligación contraída. Si por alguna circunstancia el deudor no cumplía con su obligación, debía pagar la suma de dinero pactada, si no la pagaba, el acreedor podía disponer de los bienes del deudor para cobrar la suma estipulada como pena por incumplimiento de su obligación (22).

Y la pena fijada de antemano de los daños y perjuicios que se podían causar por inexecución de la obligación que se contraía, sin tener que probar los daños y perjuicios sufridos al acreedor para exigir la pena al deudor.

La "Stipulatio Poenae", era considerada como una estipulación accesorias, pero en realidad es una estipulación condicional, por la siguiente razón: Si el deudor no ejecutaba la obligación pactada, incurría en la pena, o sea que llegando a presentarse la situación o evento previsto por las partes, el cual consiste en que al no ejecutarse la obligación pactada o contraída se incurría en la pena.

En las obligaciones puras y simples se incurre en la pena cuando el deudor ha tenido tiempo suficiente para ejecutar la obligación pactada pero no lo ha hecho, pero puede hacerlo antes de la litis-contestatio, esto es, si era perseguido por el acreedor (23).

Si la obligación se contraía bajo modalidad de término se incurría en la pena, cuando expiraba el plazo para el cumplimiento de la obligación, y esta no era ejecutada (24).

Derecho Canónico.—En el derecho canónico, como derecho intermediario, el cual alcanzó su apogeo en el siglo XIII, de nuestra era, con motivo de haberse planteado en esa época ciertas controversias sobre cuestiones de sacramento o de conciencia, se llegó a infinidad de problemas; entre otros, los de las penas exorbitantes y exageradas, rechazando el principio de la fijación exorbitante, de las penas se dio medios de gradación de las mismas, no sólo para el

caso de incumplimiento o inejecución parcial o irregular, sino que también señaló reglas generales de aplicación para dar término a la usura. Y la tasación de las penas para los casos exorbitantes, así como para el caso de las obligaciones de cumplimiento imposible.

2.—*Derecho Comparado.*—Al procederse al estudio comparativo de las legislaciones de los países citados, los cuales proceden del mismo estadio cultural, y con similitud de ambiente en el concierto mundial civilizado. Estas las dividiremos de acuerdo con el tratadista italiano Dr. Mario Sarfatti, (25) en la siguiente forma: Códigos Civiles de tipo Latino y de tipo Germánico, pertenecientes al género romano, por tener su base en las enseñanzas del derecho romano; y derecho consuetudinario de tipo Sajón, que veremos en forma brevísima.

Dentro de las legislaciones civiles de tipo romano encontramos desde luego las netamente latinas que son: los códigos civiles: Francés, Países Bajos, Portugal, Egipto, Holanda, Italia, España, etc. Únicamente trataremos de ver en la parte conducente a nuestro estudio los Códigos Civiles Francés y Español.

Otra de las clasificaciones de tipo romano son las legislaciones Germánicas que son los Códigos Civiles: Alemán, Austriaco, y Suizo. Trataremos de ver en la parte conducente a nuestro estudio el Código Civil Alemán.

Entre los dos tipos de legislaciones antes citadas encontramos un tipo intermedio, ya que están inspirados en los dos sistemas indicados, estos son, entre otros el Código Civil de 1928 el cual nos rige para el Distrito y Territorios Federales en materia común y en materia Federal para toda la República.

Entre las legislaciones más extrañas a nuestro sentir jurídico cultural, se encuentra la legislación de tipo Sajón, o sea el derecho consuetudinario, éste se encuentra circunscrito a los países de habla inglesa, y solamente en algunos lugares de esos países, ya que también pueden encontrarse incrustados en las legislaciones de tipo romano, por ejemplo: En los Estados Unidos de Norte América, al lado del derecho consuetudinario se encuentran legislaciones hereda-

das de España en los Estados de: California, Arizona, Nuevo México, Texas, etc. . . . , y de Francia en la parte que era conocida por la Lousiana.

a).—*Derecho Civil Francés.*—El Código Civil Francés, Código de Napoleón, él representa la fuente jurídica de multitud de Códigos Civiles del siglo XIX, y en forma especial lo es del Código Civil Español de 1889, que veremos en su oportunidad. bástenos decir por ahora, que tuvo su origen en el proyecto de Código Civil de 1851 (26).

El Código de Napoleón, se inspira en el derecho romano, en lo que se refiere entre otras materias a la parte de obligaciones y con tratos.

La cláusula penal se encuentra reglamentada en la Sección VI, Libro III, Título III. De las obligaciones con cláusula penal, en los artículos del 1226 al 1232. (27)

Artículo 1226 "La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una convención, se obliga a cualquier cosa en caso de incumplimiento".

Este precepto define a la cláusula penal como medio para asegurar el cumplimiento de la convención, lo cual es exacto, pero no precisa la clase de prestación a que se obliga el deudor que incurre en el incumplimiento de la convención, o sea la pena. Normalmente debe ser dinero; luego entonces, deja a elección de las partes libremente el carácter específico de la prestación que se señala como pena. Tal forma desnaturaliza la esencia jurídica de la cláusula penal, siendo ésta la valuación de los daños y perjuicios en dinero.

Artículo 1227 "La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

La nulidad de ésta no lleva consigo la de la obligación principal".

La cláusula penal es considerada y es verdad, desde el punto de vista legal, como una estipulación accesoria y convencional destinada a asegurar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones

contraídas por las partes, cuyo contenido general es el objeto de la convención. En la cláusula penal se destaca el vínculo que une a la obligación principal con la obligación penal, relacionándose de esta forma con la obligación accesoria que es la pena.

Artículo 1228 "El acreedor en lugar de demandar la pena estipulada contra el deudor en mora, puede exigir el cumplimiento de la obligación principal".

En el precepto transcrito tiene el acreedor la facultad de elección, ésta consiste entre exigir el cumplimiento de la obligación, o exigir el pago ó satisfacción de la pena por incumplimiento del deudor. Para el cumplimiento de la obligación principal tiene medios coercitivos necesarios para compeler al deudor a realizar lo prometido, sin perder la acción de exigir al mismo tiempo o por separado la pena, si hace lo primero puede reservarse el derecho de exigir la pena. Teniendo en cuenta la situación jurídica concreta en cada caso a que se va a aplicar. La situación jurídica del deudor como consecuencia de lo anterior, no puede liberarse de la obligación principal pactada satisficiendo la pena estipulada por incumplimiento de la obligación.

Artículo 1229 "La cláusula penal es una compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación principal.

No puede demandar al mismo tiempo el principal y la pena, a menos que ésta se haya estipulado para el simple retardo".

La pena compensatoria es el equivalente de los daños y perjuicios valuados por las partes en la convención al estipular la cláusula penal o pena convencional, para el caso de incumplimiento de la obligación principal. Es la reparación del daño por equivalente, en sustitución del cumplimiento de la obligación pactada. Pero al estipularse una pena para el caso de simple retardo en el cumplimiento es posible exigir el cumplimiento de lo principal y de la pena, estando en el caso de daños y perjuicios moratorios, o sea la pena convencional moratoria.

Artículo 1230 "Ya sea que la obligación principal contenga un

término o no contenga en el cual debe ejecutarse, no se incurre en la pena cuando aquel que se ha obligado a entregar, a tomar, a hacer, se ha constituido en mora”.

Del artículo transcrito se desprenden dos situaciones. Si la obligación principal tiene un término para su ejecución, el deudor incurre en mora antes de que el término estipulado venza; en la segunda situación es cuando se presenta, cuando no se señala término o plazo para la ejecución de la obligación principal, debe constituirse en mora al deudor mediante la interpelación, ya sea judicial o por medio de dos testigos para exigir el cumplimiento de la obligación. Por lo tanto para exigir el pago de la pena al deudor en las dos situaciones citadas debe constituirse en mora al deudor, o bien si el deudor se niega expresamente a cumplir con su obligación antes de vencerse el plazo señalado para su cumplimiento, se deduce que ha incurrido en la pena.

Artículo 1231 “La pena puede ser modificada por el juez cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte”.

La facultad que otorga este artículo al juez para modificar las penas pactadas por las partes en los convenios para el caso de inejecución de la obligación, la prescribe para el caso en el cual el deudor haya ejecutado su obligación parcialmente y lo acepte así el acreedor, el deudor puede solicitar al juez competente la modificación de la pena estipulada si el acreedor no se ha reservado dicho derecho. Debiendo tener en cuenta la situación jurídica concreta en cada caso a aplicar.

Artículo 1232 “Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal tiene por objeto una cosa indivisible, se incurre en la pena por la contravención de uno solo de los herederos del deudor, y puede demandarse ya sea por su totalidad contra el contraventor o contra cada heredero por la parte que le corresponde y con la acción hipotecaria por todo salvo el derecho en la vía de regreso contra aquel por cuya acción se incurrió en pena”.

Este precepto contempla el caso en el cual el deudor único

muere dejando más de un heredero, y el objeto de la obligación es indivisible, se deben aplicar las reglas de la indivisibilidad, por tanto, nos encontramos ante una obligación única y multitud de obligados, (Pluralidad), todos ellos vinculados por una sola obligación y responsables de la misma. Si se presenta el incumplimiento, todos ellos son responsables de la satisfacción de la pena, sin tomar en cuenta quién ha infringido su cumplimiento. Se puede asegurar la pena por medio de acción hipotecaria (por su totalidad). Dejando a salvo el derecho de aquellos que no hayan infringido su obligación y así ejercitar su acción en vía de regreso contra el infractor de la pena.

Artículo 1233 "Cuando la obligación primitiva contraída con cláusula penal es divisible, no se incurre en la pena más que por aquel heredero que contravenga tal obligación, solamente por la parte de la obligación principal a que estaba obligado, sin que se pueda actuar en contra de aquellos que hayan cumplido.

Esta regla sufre una excepción cuando habiendo sido puesta la cláusula penal con la finalidad de el pago no pudiese hacerse en partes, un heredero haya impedido que la obligación fuese cumplida en su totalidad".

El precepto transcrito al igual que el anterior, contempla el caso del deudor único, que muere, dejando más de un heredero, de una obligación divisible por naturaleza, transformándose en tantas obligaciones como herederos del deudor. Cada heredero es responsable del cumplimiento de la obligación, por la parte que le corresponde. La infracción de la obligación de uno de los herederos del deudor por la parte correspondiente consiste en que debe pagar la pena por la parte que representa del total cumplimiento. Presentándose la excepción cuando se haya estipulado en el convenio que la pena no deba pagarse por partes, si alguno de los herederos del deudor infringe la parte de la obligación que le corresponde debe pagar la totalidad de la pena. O en caso de que se encuentre que haya culpa de alguno de los herederos del deudor por haber impedido el cumplimiento de la totalidad de la obligación debe también pagar la totalidad de la pena pactada.

b).—Derecho Civil Español.—El Código Civil Español, tiene origen en el proyecto de 1885, que llegó a ser Ley el 11 de mayo de 1888 y que rige a partir de 1889.

El maestro José Castán Tobeñas J., en su obra "Evolución del Derecho Civil Español, Común y Foral", nos expresa: "El plan del Código Civil Español, está inspirado en el Código Civil Francés, que a su vez, había seguido las huellas del Romano o de Cayo. La principal innovación que hace nuestro código es añadir a los tres libros del Código Francés relativos, respectivamente, a las personas, a los bienes y modificaciones a la propiedad, y a los distintos modos de adquirir la propiedad, un cuarto libro dedicado a las obligaciones y contratos". (28)

En el Código Civil Español se reglamenta la cláusula penal, en los artículos del 1152 al 1155 (29).

Artículo 1152 "En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuese exigible, conforme a las disposiciones de este Código".

El presente artículo nos dice que la obligación penal sustituirá a la indemnización de daños y abono de intereses por incumplimiento del convenio, si otra cosa no se hubiese pactado. Haciéndose efectiva la pena estipulada cuando la obligación celebrada por las partes fuese exigible. Ya que de acuerdo con el principio: "Las obligaciones nacidas de contrato tendrán fuerza de ley entre las partes", artículo 1091 del ordenamiento que se analiza. Se señala en el precepto que se viene analizando, la estipulación de la pena compensatoria como la moratoria.

Artículo 1153 "El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en caso de que expresamente le hubiere sido reservado este derecho.

Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumpli-

miento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que ésta facultad le haya sido claramente otorgada”.

La cláusula penal por naturaleza es accesoría a una obligación principal. Por esencia conminatoria y coercitiva, mediante la cual se compele al deudor a cumplir con su obligación pactada. La amenaza de pagar la pena estipulada para el caso de incumplimiento del convenio pactado, obliga en forma indirecta al deudor a cumplirla. Por regla general el deudor no puede eximirse del cumplimiento de su obligación satisfaciendo la pena estipulada para el caso de no cumplirse ésta, si no se ha sido reservado ese derecho. El acreedor no puede exigir al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación pactada y la pena estipulada para el caso de incumplimiento, por que sería exigir dos veces una obligación, pero si se ha otorgado ese derecho puede hacerlo sin incurrir en responsabilidad.

Artículo 1154 “El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

A este precepto es aplicable el comentario hecho respecto al Código Civil Francés al artículo 1231.

Artículo 1155 “La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo a nulidad de la obligación principal.

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal”.

A este precepto es aplicable el comentario hecho respecto al Código Civil Francés en el artículo 1227.

c).—Derecho Civil Alemán.—En el siglo XIX, se proyecta un movimiento progresista de Códificación en virtud de la gran multitud de derechos locales vigentes en diversos Estados particulares del Imperio Alemán.

Así, tenemos que en el año de 1809 en Baden se promulga el Código Civil Francés en tierras de Renania. En 1861 y 1864, se pro-

duce el Código Bábaro. En el año de 1863 se convierte en Ley para Sajonia.

Mientras tanto se hacen tentativas para proyectar un Código Civil con alcances Federales, presentando así la unificación del Imperio Alemán.

En 1896, después de haber pasado el proyecto de 1874, por varias comisiones, que consideró, modificó y sancionó el Código Civil Alemán vigente en forma definitiva en el año de 1896, fue publicado el 24 de agosto de 1896, para entrar en vigor el 1o. de enero de 1900. (30)

La nota sobresaliente de este ordenamiento jurídico, es haberse apartado del modelo Francés, con influencia liberal con algunas tendencias sociales que se apuntaban en el siglo XIX. (31)

La cláusula penal está reglamentada en el Libro II, Sección II, Título: De las Arras, Cláusula penal, artículos del 339 al 345. (32)

Artículo 339 "Si el deudor promete al acreedor el pago de una suma de dinero como pena para el caso de que no se cumpla o no se cumpla en forma adecuada su obligación, la pena es realizable si dicho deudor incurre en mora.

Si la prestación debida consiste en una omisión, la exigibilidad de la pena se produce con el acto en contra".

Define este artículo a la cláusula penal, como una promesa de pago de dinero, como pena, evaluación anticipada de los daños y perjuicios, tanto materiales como inmateriales, para asegurar el cumplimiento de un convenio. Previene también, el caso de retardo en el cumplimiento de la obligación pactada, incurriendo en pena por mora. En el segunda párrafo, se previene el caso de la estipulación de la pena en los convenios de no hacer, abstención de algo, bastando en estos casos la infracción o contravención de un acto contrario a lo pactado.

Artículo 340. "Si el deudor ha prometido la pena para el caso de que no se cumpla su obligación, el acreedor puede exigir la pena en que se ha incurrido en lugar del cumplimiento.

Si el acreedor declara al deudor que exige la pena, está excluida la pretensión al cumplimiento.

Si corresponde al acreedor una pretensión de indemnización de daños a causa de no cumplimiento, puede exigir la pena en que ha incurrido como importe mínimo del daño.

No está excluido el hacer valer un daño mayor".

El comentario aplicable a este artículo es el siguiente: La pena pactada para el caso de incumplimiento total de la obligación convenida, se llama pena compensatoria. El acreedor puede exigir a su arbitrio la pena o el cumplimiento de la obligación, pero no ambos a la vez. Si declara el acreedor al deudor que exige la pena, no puede exigir el cumplimiento de la obligación, si no se ha reservado el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación convenida. Al acreedor también corresponde solicitar la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, puede exigir la pena como importe mínimo de daño, si el daño o el interés del cumplimiento de la obligación convenido excede al valor de la pena estipulada, pudiendo hacer valer un daño mayor.

Artículo 341. "Si el deudor ha prometido la pena para el caso de que no se cumpla su obligación en forma adecuada, especialmente para el caso de que no la cumpla en el tiempo determinado, el acreedor puede exigir la pena en que se ha incurrido además del cumplimiento.

Si corresponde al acreedor una prestación de daños a causa del cumplimiento no adecuado, se aplicarán las disposiciones del párrafo 2o. del artículo 340.

Si el acreedor acepta el cumplimiento, sólo puede exigir la pena si se reserva el derecho a ello en la aceptación".

El comentario a éste artículo es el siguiente: El deudor que ha prometido la pena para el caso de incumplimiento de su obligación ya sea total o fuera de tiempo, el acreedor puede exigir la pena estipulada además del cumplimiento principal. Teniendo en cuenta las situaciones jurídicas concretas a cada caso.

Al acreedor corresponde solicitar los daños y perjuicios por incumplimiento. Cuando el acreedor acepta el cumplimiento irregular o fuera de tiempo, sólo puede exigir la pena, si se ha reservado el derecho para ello en el momento de la aceptación de la obligación irregular o fuera de tiempo. Teniendo en cuenta las situaciones jurídicas concretas a cada caso.

Artículo 342. "Si se promete como pena una prestación que no sea el pago de una suma de dinero, se aplicarán las disposiciones de los párrafos 339 y 341, la pretensión de indemnizar de los daños está excluida si el acreedor exige la pena".

El comentario a este artículo es el siguiente: Cuando se hace la promesa de una pena que no sea una suma de dinero, si se exige la pena por ser más cómoda al acreedor, que el cumplimiento de la obligación convenida, no podrá exigir un interés más elevado.

Artículo 343. "Si una pena en que se ha incurrido es extraordinariamente alta, puede ser reducida por sentencia a una suma adecuada, a petición del deudor. En el juicio de adecuación ha de tomarse en consideración todo interés legítimo del acreedor no sólo el interés patrimonial. Después del pago de la pena, la reducción está excluida.

Lo mismo vale también, además de los casos de los párrafos de los artículos 339 y 342, si alguien promete una pena para el caso de que se realice u omita un acto".

El comentario a este artículo es el siguiente: Cuando la estipulación de una pena sea desproporcionadamente elevada llevando a cabo una injusta opresión del deudor, estando la pena vencida pero no pagada, puede ser reducido su importe a una suma adecuada, si así lo hiciere el deudor mediante solicitud al juez competente. En el juicio que se haga sobre la reducción se debe tener en cuenta el interés legítimo del acreedor, este interés no sólo patrimonial sino también todo interés aún el no patrimonial o sea el afectivo. Debe tenerse también en cuenta el grado de culpa del deudor y de

las ventajas que obtuviere con el incumplimiento de la obligación convenida.

Atrículo 344. "Si la ley declara ineficaz la promesa de una prestación, es también ineficaz el acuerdo concertado de una pena para el caso de no cumplimiento de la promesa, incluso si las partes han conocido la ineficacia de la promesa".

El comentario a este artículo es el siguiente: La pena convencional tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una convención válida, en virtud de ser la cláusula penal un convenio accesorio a una obligación principal, la cláusula penal dada su naturaleza accesorio, si es nula o ineficaz la obligación principal en consecuencia es nula e ineficaz a pena convencional estipulada. Nula es a pena que tiene por objeto asegurar una prestación legalmente prohibida, aunque las partes conozcan la nulidad". (33)

Artículo 345. "Si el deudor impugna la exigibilidad de la pena porque ha cumplido su obligación, ha de probar el cumplimiento en tanto que la prestación debida no consista en una omisión".

El comentario a este artículo es el siguiente: A las convenciones penales son aplicables las disposiciones a la obligación principal. En caso de que el deudor discuta la pretensión del acreedor, respecto de aquel que ha incurrido en la pena o ha incumplido la obligación principal, corresponde al deudor probar su afirmación de que no ha incurrido en la pena cumpliendo con su obligación, queda a su cargo probar su afirmación de la situación planteada, en cada caso y en cada situación jurídica plantada. En las obligaciones principales que tengan por objeto una omisión corresponde al acreedor probar su afirmación de falta de cumplimiento del deudor.

c).—Derecho Nacional.—Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 que nos rigieron el siglo pasado son idénticos en lo fundamental y sobre todo en la parte que corresponde al presente estudio.

Y en cuanto al Código Civil de 1884 y al de 1928 que es el que hoy nos rige se harán las aclaraciones respectivas cuando haya una diferencia del uno al otro en el capítulo subsecuente, que es el de la pena convencional en el Derecho Civil Mexicano.

Sobre el derecho Anglo-Sajón o Derecho Consuetudinario, podemos decir lo siguiente en lo que respecta a nuestra materia estudiada: En el Common Law, no son admisibles las cláusulas penales.

CAPITULO III

LA PENA CONVENCIONAL EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

Introducción

- 1.—Definición de pena convencional, diversas clases de pena convencional.
- 2.—La pena convencional moratoria y la acción de cumplimiento de contrato.
- 3.—La pena convencional compensatoria.
- 4.—El artículo 1843 del Código Civil.

CONCLUSIONES.

Introducción.—Es evidente que la cláusula penal o pena convencional como es conocida esta institución en nuestros medios jurídicos, surge de una situación jurídica concreta, llamada convenio. Es por tanto una institución jurídica sui-generis de aquel.

Al referirnos a la cláusula penal o pena convencional, lo haremos en forma indistinta en una u otra forma por ser conceptos sinónimos.

Por principio general diremos que todas las instituciones jurídicas regulan una serie de aspiraciones (intereses), basadas en necesidades concretas de la vida. El derecho por antonomasia nos da la forma de satisfacer las necesidades a que se ha hecho referencia, estando sujetas a una serie de cambios con la finalidad de ajustarlas a una época y lugar determinados.

Así, el derecho desempeña su misión ordenadora de aspiraciones tendiendo a unificarlas por medio de instituciones jurídicas re-

gidas cada una por su materia, en virtud de que el conjunto de aspiraciones humanas abstractas se concretizan en las instituciones jurídicas orientadas en sentido teleológico; es decir, como medio hacia un fin en las relaciones jurídicas para garantizar los intereses concretos de la vida.

Es la ordenación de las aspiraciones humanas a que se ha hecho referencia, y en materia contractual entre otras están vinculadas las aspiraciones humanas, las unas a otras, por su esencia jurídica, dada la naturaleza dinámica del derecho.

En los contratos las aspiraciones de las partes se entrelazan las unas a las otras, para llegar a un fin que es el objeto de que se trata. Las situaciones jurídicas concretas que se desprenden de los convenios o contratos, son reguladas por las propias partes, y entre otras especificaciones encontramos a la estipulación de la pena convencional.

Los fines concretos de la pena convencional son elegidos por las partes en los contratos, realizando así, el contenido del convenio, que son los fines propios de cada uno de ellos. Así, los fines del acreedor son diferentes a los fines del deudor en la pena convencional, medio adecuado para reforzar y hacer cumplir con las obligaciones pactadas por ellos en el convenio; los fines del deudor son fijar hasta cierta cantidad la indemnización por daños y perjuicios, en que pueda incurrir por responsabilidad de incumplimiento de lo pactado.

Los fines anteriormente citados surgen del convenio mediante la manifestación de voluntad que obliga a las partes respecto a lo pactado, pues a partir de la manifestación del consentimiento, en la relación jurídica de que se trata, las partes quedan obligadas a cumplir con todas y cada una de las consecuencias que entraña la relación jurídica contractual.

Como se ha indicado con anterioridad, todo fenómeno jurídico implica el plantamiento de fines y elección de medios. En efecto para poder comprender: ¿Qué es la cláusula penal?, ¿Para qué la cláusula penal en los contratos?, debemos recurrir al procedimiento de los fines y a la elección de los medios, es decir mediatos o inme-

diatos que es lo que caracteriza, a nuestro criterio, la naturaleza de la pena convencional. (34)

Por otra parte, el derecho civil tiende a defender al derecho privado, es decir, se limita a la protección de los intereses lesionados por otro injustamente, para lo cual se exige un daño cierto, como condición de la ilicitud, o bien como en el caso de la cláusula penal, la ilicitud como condición de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas, es la que genera y da origen al pago de la pena estipulada por las partes en los contratos.

Siendo innumerables las clases de daño, como por ejemplo todas las ofensas a las personas, a los bienes, a los derechos; pueden constituir un daño si se priva de un goce presente o futuro, de un derecho, en virtud de haberse desplegado una conducta ilícita en el incumplimiento de las obligaciones contraídas, este goce deberá estar garantizado por la ley, o por las partes en sus recíprocas estipulaciones en los convenios. El daño da origen a una acción civil encaminada a la reparación del daño causado por ese motivo, del cual resulta, que hay un derecho y una obligación frente a frente.

En el derecho civil hay ilicitud cuando por un hecho o acto se lesiona el patrimonio, o intereses de una persona; también puede encontrarse esa ilicitud prescrita en el Código Civil, o por estipulación hecha por las partes en los convenios cuando se trata de cumplimiento.

La ilicitud de una conducta desplegada obliga solo y únicamente como se ha expresado con anterioridad a la reparación de los daños y perjuicios que resulten por tal motivo y que se encuentra prescrita por la ley, o en algunas ocasiones por voluntad de las partes en sus recíprocas estipulaciones en los convenios.

1.—Definición de la pena convencional, diversas clases de pena convencional.

Expuesto lo anterior, consideramos necesario plantear algunas de las definiciones que se han realizado en torno a la pena convencional por acreditados juristas, seguida de la que creemos pertinente elaborar para los fines específicos del presente estudio.

Procedemos a citar las siguientes:

Pothier dice: La obligación penal, es la que nace de la cláusula de una convención en virtud de la cual una persona, para asegura la ejecución de un primer compromiso, se compromete, en forma de pena, a alguna cosa en caso de inejecución de ese compromiso".(35)

Baudry-Lacantinierie-et Barde nos dicen: "La cláusula penal o estipulación penal, es una convención accesoria por virtud de la cual un deudor se obliga a cumplir una determinada prestación para caso de incumplimiento o retardo en la ejecución de la obligación".(36)

Marcel Planiol nos dice: "Las partes pueden determinar por sí mismas, por anticipado, el importe de la indemnización que habrá de abonar en caso de incumplimiento o retardo en el cumplimiento de la obligación. Esta fijación se hace por medio de pacto denominado cláusula penal".(37)

Colin y Capitant nos dicen:

"...ocurre con frecuencia que las partes fijan por adelantado en el contrato la cantidad que deberá pagar el deudor en caso de incumplimiento de su obligación, o cuando se retrase en el cumplimiento. Entonces se dice que hay cláusula penal".(38)

Josserand Louis nos dice: "La cláusula penal es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardamente".(39)

Julien Bonnecase nos dice: "Las partes pueden determinar con anterioridad el monto de los daños y perjuicios mediante una cláusula penal. En esta forma se evitan todas las dificultades sobre el monto de los daños y perjuicios, los litigios y peritajes".(40)

Para J. Giorgi la cláusula penal es: "... un pacto accesorio, por el que el deudor a fin de asegurar la obligación principal, promete una prestación determinada para el caso en que no se realice la obligación adquirida".(41)

L. Ennecerus —T. Kipp— T. Wolf nos dice: "Llámase pena convencional a una prestación generalmente de carácter pecuniario,

que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla de modo pertinente".(42)

J. W. Hedemann nos dice: "La pena convencional, denominada también cláusula penal, es una arma del acreedor ya que está prevista para el caso de que el deudor no cumpla con su obligación (o no cumpla "del modo pertinente"), en cuyo supuesto ha de pagar al primero la pena pactada".(43)

Victor Loewenwater nos dice: "... la pena convencional o cláusula penal es una estimación hecha con anticipación de los perjuicios futuros y no sólo perjuicios materiales, sino también de los inmateriales, ... La cláusula penal tiene generalmente por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato válido".(44)

Nuestro Código Civil de 1884 la define en el artículo 1311 que dice: "Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena del no cumplimiento del contrato. En éste caso no habrá lugar a la reclamación por daños y perjuicios".

Nuestro Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales en materia común y en materia Federal para toda la República nos dice: "Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrá reclamarse, además, daños y perjuicios".

De las precitadas definiciones deducimos lo siguiente: La pena convencional en todas es una convención accesoria a una obligación principal, por tanto carece de autonomía propia y no tiene efectos por sí misma. Sobresale en todas ellas, la afirmación que tiende a asegurar el cumplimiento y ejecución de la obligación pactada, y en todas tiende a fijar por anticipado el monto de los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento de la obligación pactada por medio de una prestación, que puede ser de carácter pecuniario o determinada prestación.

A nosotros nos corresponde fijar la verdadera naturaleza y función de la cláusula penal, es decir explicar cual es el objeto de la institución a estudio, qué es lo que protege o que intereses se tutelan jurídicamente con la cláusula penal.

Los fines específicos a que tiende en general la pena convencional están consignados en el derecho civil, y además nacen por voluntad de las partes en el convenio, y son diferentes para cada una de las partes como lo hemos señalado con anterioridad: Para el acreedor se presenta como un medio coercitivo indirecto para compeler al deudor al cumplimiento de lo pactado a través de la fijación del monto de los daños y perjuicios pactados. Otro de los fines es garantizar al acreedor por medio de la pena señalada para el caso de incumplimiento una prestación equivalente de los daños y perjuicios que se le causen, sin necesidad de evaluarlos ni pobrar ante el juez que va a conocer del negocio, relevándolo así de toda prueba y equivalencia del daño ocasionado. Por otra parte los fines del deudor son los siguientes entre otros: fijar hasta cierta cantidad o prestación su responsabilidad que con motivo del incumplimiento surge.

Al elaborar la definición que nos corresponde debemos tener en cuenta no sólo los fines inmediatos antes citados sino también los fines mediatos que son: La voluntad de las partes en el convenio penal de reforzar y compeler al deudor a cumplir con lo pactado ejecutando la obligación estipulada, ejerciendo en esta forma coacción indirecta en contra del deudor compeliéndolo a el cumplimiento por medio de una indemnización más gravosa y superior al valor de la obligación pactada.

Hecha la aclaración que antecede estamos en posibilidad de preparar la definición siguiente: "La pena convencional, es la institución jurídica, que tiene por objeto compeler, coaccionar, intimidar al deudor por medio de una prestación lícita y adicional a una prestación principal, pactada por las partes para asegurar el cumplimiento de una obligación. Fijando de antemano en forma de indemnización el monto de los daños y perjuicios que por tal concepto se le causen al acreedor, sin necesidad de probar el daño y cuantía".

De la definición elaborada por nosotros se destacan las características siguientes: La licitud de la prestación pactada, su accesoriidad, su objeto con dos puntos de vista: indirecto de compeler al deudor al cumplimiento de la obligación, y directo de fijar o evaluar los daños y perjuicios en una determinada cantidad o prestación de-

terminada, libera al acreedor en caso de incumplimiento a probar el daño y cuantía.

La licitud de la prestación pactada, se encuentra respaldada por los siguientes preceptos legales: artículo 2117 "La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa. . . . Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrá exceder del interés legal, salvo convenio en contrario". Y el artículo 1839 "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes. . . .". El artículo 1840 "Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrá reclamarse, además daños y perjuicios". Así, como el principio general de derecho: La libre voluntad de las partes para contratar y obligarse, con las reservas y taxativas legales para cada caso particular.

La accesoriadad de la prestación penal, se encuentra consignada en el artículo 1841 "La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquel. Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta de consentimiento de dicha persona. Lo mismo sucederá cuando se estipule con otro, a favor de un tercero, y la persona con quién se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplirse lo prometido".

Pothier nos dice: "Siendo la obligación penal, por su naturaleza, accesoria a una obligación primitiva y principal, la nulidad de esta admite la nulidad de la obligación penal". (45) Así, "La nulidad de la obligación penal no entraña la de la obligación primitiva". (46). En virtud de que lo accesorio no puede subsistir sin lo principal, pues lo principal no depende de lo accesorio, y subsiste sin él.

Siendo la naturaleza de la obligación penalla de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, y la de indemnizar al

acreedor para el caso de incumplir lo pactado tenemos que concluir que es de naturaleza accesoría.

Barroz Errázuris nos dice lo siguiente: "La cláusula penal ... es ... por naturaleza una cosa que sigue la suerte de la obligación principal".(47)

Para los autores Baudry-Lacantinerie-et-Barde: "La cláusula penal tiene: ... carácter accesorio teniendo ... respaldo... evidente en la doble función (nosotros decimos doble finalidad) que se le atribuye".(48) Pues, "... ella se relaciona necesariamente a esta convención o vínculo que se une a lo accesorio con lo principal".(49) Y, "Pudiendo subsistir lo principal sin lo accesorio era natural que la nulidad de la cláusula penal no debiera producir la nulidad de la obligación principal con la cual se relaciona".(50)

En lo que se refiere a los párrafos segundo y tercero del precepto 1841 antes citado, diremos con J. Giorgi lo siguiente: "Rigurosamente sería mas exacto decir que en estos casos la cláusula penal pierde la condición de cláusula accesoría, y pasa a ser el objeto principal del contrato".(51), como por ejemplo, las promesas hechas por terceros, etc..... Consideramos esta opinión la más acertada.

La cláusula penal como toda obligación entraña un objeto o prestación, y en el caso de la pena convencional es una prestación con doble finalidad, en virtud de su naturaleza accesoría que entraña en primer lugar una finalidad indirecta y mediata de compeler, coaccionar u obligar al deudor a cumplir con la obligación pactada en la forma específica del convenio, y que se produce por la violación de una obligación, reforzando el vínculo contractual. En segundo lugar, la finalidad directa e inmediata o sea la fijación o evaluación de los daños y perjuicios a una determinada cantidad o prestación para el caso de incumplimiento del convenio es una indemnización convencional que repara el daño causado por el deudor.

La última de las características señaladas por nosotros consiste en la fijación convencional de los daños y perjuicios llamada pena: "Si no libera al acreedor de la prueba de la culpa. (artículo 1847) lo libera por otra parte de la prueba del daño"(52), que es una pre-

sunción de derecho, de que existe daño por virtud del incumplimiento en la medida y forma estipulada por las partes en el contrato. Por otra parte, el deudor no puede eximirse de la pena estipulada, probando que su conducta ilícita desplegada no ha causado daño alguno al acreedor, ya que se encuentra en la voluntad de las partes acatar lo estipulado en el contrato. Así el artículo 1842 dice: "Al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno".

Diversas clases de pena convencional.—Como se ha visto en la primera parte de éste estudio, la responsabilidad civil, en lo que se refiere a las obligaciones contractuales, da origen a una serie de obligaciones para el deudor, entre otras, se encuentra la de reparar al daño causado, o sea satisfacer el interés legítimo del acreedor por medio del resarcimiento de los daños y perjuicios causados por virtud del incumplimiento de lo pactado en el convenio.

La previsión de los daños y perjuicios por medio de la cláusula penal, por incumplimiento, contravención o retardo en las obligaciones pactadas, da origen a un derecho para el acreedor de exigir de su deudor el pago de la pena estipulada en el convenio, por virtud del incumplimiento imputable al deudor, y por culpa del mismo. Tiene el acreedor al estipular la cláusula penal la dispensa de probar la existencia del daño real y efectivo, así como la cuantía pecuniaria. Ya que es la equivalente del daño eventual.

De lo anterior se colige que existen dos clases de pena convencional: La pena convencional compensatoria y la pena convencional moratoria. Las cuales se encuentran consignadas en forma específica en los artículos 1840 y 1846, que dicen: artículo 1840 "... pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de manera convenida, ...", y el artículo 1846 que dice: El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena pero no ambas; a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se preste de la manera convenida".

Las dos clases de indemnización antes citadas, fuera de la for-

ma fijada por medio de cláusulas penales en los contratos en general no se encuentran en el Código Civil.

2.—*La pena convencional compensatoria.*—La pena convencional compensatoria, es la prestación prometida por el deudor al acreedor en el convenio para el caso de que sea definitivo el incumplimiento de la obligación contraída, en virtud de la violación imputable al deudor sobre la forma de ejecución en cuanto al modo o lugar convenidos por las partes en un convenio.

Tenemos que la pena convencional compensatoria se presenta cuando se ha pactado para el caso de incumplimiento total o parcial del deudor de la obligación contraída.

Para que tenga efecto la aplicación de la pena compensatoria es necesario, tener en cuenta la clase de obligación principal pactada, si es de dar, hacer o no hacer; y además es necesario tener en cuenta, si la obligación se ha contraído para ejecutarse en un término fijado de antemano; nada impide para que incurra el deudor en mora por el sólo transcurso del término señalado para su ejecución. En ésta situación el deudor se hace merecedor a pagar la pena si no cumple su obligación al vencerse el término, pues los efectos de vencimiento del término se producen de pleno derecho. Dado el carácter que le hemos atribuido nosotros de medio coercitivo indirecto, "... la pena debe constituir para el deudor un estímulo de cumplimiento regular". (53)

Baudry-Lacantinierie-et-Barde afirman y con razón que en el caso de que se pacten obligaciones sin término para su cumplimiento por parte del deudor, es necesario, para los efectos del propio cumplimiento o ejecución de la obligación y de la pena la constitución de la mora. "En materia de cláusula penal la constitución de la mora de deudor, así como para todos los daños y perjuicios en general resulta, ya sea por requerimiento directo por parte del acreedor al deudor, ya sea por convenio especial, por disposición de la ley". (54)

En relación con anterior pueden verse los artículos 2080 y 2104 del Código Civil.

En las obligaciones de no hacer, si se ha estipulado una pena

convencional, se hace merecedor el deudor de su pago por virtud del hecho que se contraviene, o sea desde el acto en contrario, a lo pactado por las partes en el convenio.

En corroboración con lo anterior, el artículo 2104 citado en la parte final nos dice: "... I.—...II.—... El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención". O sea que la contravención se produce de pleno derecho.

Para la fijación de la pena compensatoria en cuanto a su valor debe ser mayor en relación con la cuantía de la obligación principal, dado el carácter coercitivo indirecto que le hemos atribuido, que tiende a asegurar el cumplimiento de la obligación pactada o convenida. Realizando así su verdadera naturaleza y función de medio coercitivo indirecto, y que no resulten nugatorias las disposiciones que en torno a la violación de los contratos se realizan, o cuando el daño real sea superior a la pena compensatoria señalada.

Por último, la penal compensatoria no es acumulable a la acción de cumplimiento de contrato de acuerdo con lo que dispone el artículo 1846 que dice: "El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos;...". y en corroboración nos dice Baudry-Lacantinierie-et-Barde lo siguiente: "Cuando la pena compensatoria ha sido estipulada en razón del incumplimiento, el acreedor no puede demandar la cosa principal y la pena en el mismo tiempo; sería un bis im idem (dos veces sobre la misma cosa). Ya que la pena es el equivalente de la ejecución".(55)

Sólo teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación y la conducta de los sujetos en a relación jurídica de que se trata (convenio de la pena), puede llegarse a conclusiones respecto al momento de la constitución de la mora.

3.—*La pena convencional moratoria y la acción de cumplimiento de contrato.*—La pena convencional moratoria, es la prestación prometida por el deudor al acreedor para el caso de retardo en el cumplimiento de la obligación pactada por virtud de haber culpa o dolo del deudor, decimos culpa o dolo del deudor en virtud de no poderse concebir la mora en el cumplimiento de las obligaciones sin la con-

currencia del dolo o la culpa por parte del deudor. A no ser que pruebe el deudor que no ha cumplido su obligación en virtud de haberlo impedido un caso fortuito o fuerza insuperable o por culpa del acreedor. En relación con lo anterior, el artículo 1847 establece: "No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable". Y por tanto "Hay veces en que el incumplimiento de la obligación no puede ser imputable al deudor, porque este se ve impedido de cumplir a causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitarlo".(56) O porque el acreedor no haya dejado cumplir su obligación al deudor por diferentes circunstancias como por ejemplo, le prometió no interferir en el proveerse de material para la construcción de una casa y lo hace a sabiendas de que lo va a perjudicar dejando de cumplir el deudor su obligación.

Resulta de lo anterior que cuando se presentan obligaciones de dar o hacer, si la obligación que se va a ejecutar tiene un término para su cumplimiento, se incurre en mora por el simple retardo en el cumplimiento fijado y sin que se realice acto tendiente a la constitución de la mora, de acuerdo con la regla de derecho que dice: *dies interpellat pro homine*". Produciéndose ésta de pleno derecho.

En las obligaciones contraídas en que no se contenga término para que el deudor cumpla con su obligación, deberá constituirse a éste en mora, ya sea por requerimiento directo del acreedor al deudor, por convenio especial de las partes, o por disposición de la ley. Y a partir de entonces el deudor se hace merecedor a pagar la pena moratoria convenida, en virtud del retardo en el cumplimiento de la obligación pactada y la pena estipulada.

La pena moratoria como su nombre lo indica, se señala para el caso de incumplimiento oportuno de la obligación pactada, en una cantidad fijada por las partes o por día de retardo en el cumplimiento. Siempre es menor al valor de la obligación principal convenida.

Lo anterior tiene una excepción que para el caso de que la obligación de dar consistiere en una suma de dinero, teniendo así

que el artículo 2117 nos dice: "... Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario". El presente artículo tiene el defecto que hace ver el Dr. Rafael Rojina Villegas, quién dice: "Pues, al decir que no podrá exceder del interés legal, deja abierta la puerta a que el juez pueda determinar los intereses de la mora aún menores a la tasa legal, lo que obliga al acreedor que sufre la mora a probar que el daño sufrido es el fijado en la ley".(57)

De lo anterior y en virtud de que en nuestro derecho positivo no se encuentra reglamentada la indemnización suplementaria, es de nuestra opinión hacer una modificación legal y nos inclinamos al sistema que se sigue en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el artículo 193 que fija un límite mínimo, el que se aplicaría cuando no se demuestre la existencia por daños y perjuicios de una cantidad mayor.

La acción de cumplimiento de contrato.—Por otra parte, el cumplimiento en forma voluntaria por el deudor de sus obligaciones es la máxima aspiración del acreedor, siendo lo corriente y normal que así sea en la vida jurídica diaria, pero puede ocurrir y con frecuencia ocurre, que el deudor no cumpla con su obligación, o lo haga en forma retardada. La ley para estos casos le confiere una serie de acciones al acreedor, como medios suficientes para exigir y obtener por parte del deudor el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Encontramos entre otras las siguientes: La ejecución forzosa en especie o naturaleza de lo pactado, por medio de la acción de cumplimiento de contrato, el arresto, y la ejecución por equivalente (las cláusulas penales).

Los primeros medios señalados son los medios coercitivos directos y los segundos los medios coercitivos indirectos, que es el objeto de esta tesis.

La causa directa e inmediata de la falta de cumplimiento de

las obligaciones trae consigo la afectación del patrimonio del acreedor, lesionándolo; y produciendo un deber para el deudor a cumplir con su obligación, restaurando las cosas al estado en que se encontraban hasta antes del daño ocurrido y en la medida del daño causado esto se repara por la estipulación de la pena convencional.

Pero sucede con frecuencia, "Cuando la pena ha sido estipulada por el simple retardo, ya que entonces ella es la compensación del daño causado por el retardo, y debe, para alcanzar su finalidad ser concedida sin perjuicio de la cosa principal (obligación principal)". (58) En corroboración a lo citado debemos tener en cuenta lo prescrito en el artículo 1846, para el efecto de la aplicación de la acción de cumplimiento de contrato, que puede ser como hemos dicho con anterioridad simultáneamente con la pena moratoria.

Y en caso negativo a lo expresado, se puede argumentar lo siguiente: El cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor a lo pactado, tiene un interés público, pues de otra manera, quedaría burlado el orden jurídico prescrito, no prestando seguridad a las transacciones jurídicas, y siendo uno de los medios de obligar al deudor al cumplimiento de sus obligaciones como hemos dicho es hacer estipular una pena por retardo del cumplimiento y la obligación de cumplir con ella sin perjuicio de cobrar la pena y exigir el cumplimiento de la obligación principal.

Por otra parte, si en un contrato se estipula una cláusula penal para el caso de retardo en el cumplimiento de la obligación el acreedor tiene derecho, bien a exigir la pena a que se ha hecho merecedor el deudor, además del cumplimiento de lo pactado por vía de ejecución en especie, o bien a rescindirlo. En virtud a lo que se encuentra prescrito en el artículo 1846 que hemos citado y el artículo 1949 que dice: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el reseramiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resulte imposible".

4.—El artículo 1843 del Código Civil.—En multitud de ocasiones del curso de éste trabajo se ha expresado que, la responsabilidad civil contractual puede ser regulada por las partes en los convenios mediante la estipulación de una cláusula penal, anticipando así los daños y perjuicios que se causen al acreedor en virtud del incumplimiento o retardo en la ejecución de la obligación convenida. Lo cual es lícito como se ha visto al estudiar las características que se han atribuido a nuestra definición, sobre la materia que se está tratando.

Por tanto, la estipulación de la cláusula penal es la sustitución de los daños y perjuicios que se puedan causar en lo futuro al acreedor, en virtud del incumplimiento o retardo en su cumplimiento, pues es el equivalente de los daños y perjuicios futuros al realizarse el evento del incumplimiento o retardo; y nadie mejor que las propias partes para percibir la cuantía y valor del daño eventual; dicha prestación como se ha expresado se llama pena.

Así, tenemos que la pena y la obligación pactada, deben encontrarse en relación directa la una a la otra en cuanto al valor y cuantía, así tenemos, que en el artículo 1843 ordena en forma imperativa que: "La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal". Es de entenderse que éste precepto es de orden público en virtud de que el legislador lo ha señalado en forma imperativa y en consecuencia no puede quedar al arbitrio de las partes su observancia.

Pero en la vida diaria nos encontramos que en algunas ocasiones las partes estipulan una pena convencional para asegurar del deudor el cumplimiento de su obligación pactada, señalando mayor cantidad de dinero al valor y cuantía que la obligación principal representa; es decir, se pretende asegurar el cumplimiento efectivo y ejecución de la obligación convenida, estipulando una pena mayor a la misma obligación prometida; esto lo hacen las partes en virtud de que para el acreedor representa más importancia la ejecución de la obligación en especie de lo convenido, que la equivalencia de la pena señalada por falta de cumplimiento. Así representa como se ha dicho uno de los aspectos señalados al referirnos a las características de la pena convencional que es el medio coercitivo indirecto para asegurar

el cumplimiento de la obligación, siendo a nuestro modo de ver lo que debe ser su función jurídica de la institución a estudio.

Si el deudor deja de cumplir con su obligación se ve en la necesidad de pagar desde un principio un bien mayor al pactado en sustitución de la obligación principal, llenando así la función de medio coercitivo indirecto para que ejecute su obligación el deudor.

Lo anterior lo podemos reforzar con lo que nos dice el maestro J. Giorgi en el mismo sentido: "Por regla general, la pena es la compensación de los daños sufridos por el acreedor con el incumplimiento, pero como en la liquidación de esta compensación las partes tienen libertad indefinida, la pena representa el medio coercitivo siempre que supere al valor de la prestación". (59)

Así, debe preferir el deudor ejecutar la obligación prometida a el pago de la pena estipulada por el incumplimiento, y es lógico que así lo prefiera, lo cual representa un medio coercitivo indirecto como se ha expresado en el curso de este opúsculo.

Por otra parte, vemos que nuestra legislación civil en la parte que se viene analizando, da una serie de ventajas al deudor en desproporción al acreedor, lo cual no debe ser lógico ni jurídico, siendo que el artículo 1844 que dice: "Si la obligación fue cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción". Y el artículo 1845 nos dice: "Si la modificación no pudiese ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación". Así, se tiene que cuando el deudor cumpla parte de la obligación prometida, puede solicitar del juez la reducción de la parte proporcional, ¿en virtud de que ha proporcionado un beneficio al acreedor?, ¿hasta donde llega ese beneficio al acreedor con el cumplimiento de la obligación principal?. Si ha aumentado en su haber patrimonial con el cumplimiento parcial lo debe probar así el deudor al juez que solicitó la reducción de la pena. Los preceptos antes citados permiten por no señalar con precisión el caso de incumplimiento de la obligación en su totalidad estipulado por las partes en el convenio, que los deudores inconstantes se prevelgan de tal impresión, para ejecutar el contrato en la forma que convenga a sus intereses, invocando en caso de cumpli-

miento parcial, los beneficios concedidos por los artículos de referencia, en perjuicio del acreedor cuando reciba de buena fe parte del cumplimiento a lo pactado.

Hallamos, así la solución siguiente: Para que el deudor proporcione al acreedor, el cumplimiento total de la obligación, se precisa que ambas estipulen en el convenio una pena superior al valor y cuantía en relación a la obligación pactada, pues contrariamente el acreedor obtendría una menor ventaja, respecto del deudor. Consideramos que esta afirmación está implícito el carácter coercitivo indirecto que señalamos y sostenemos, como distintivo de la cláusula penal en los contratos. Por ejemplo, si el acreedor espera vender cierta mercancía que él elabora, a un precio más alto con la mercancía que reciba del deudor, conjuntamente con la suya, proporcionándole una ganancia superior a la que puede obtener vendiendo sólo su mercancía. Pero si el deudor no cumple con lo pactado, el acreedor no sólo deja de percibir una ganancia mayor, sino que en virtud de la falta de cumplimiento (total) de la obligación, no puede cumplir los compromisos concertados con terceras personas a las que ha prometido las mercancías que posee, así como las que deba recibir de su deudor. Viéndose así el acreedor en la desgracia de no poder cumplir con sus compromisos, dejando por lo menos de percibir en su totalidad las ganancias pueda obtener de las propias y las que reciba del deudor. Y si cumple el deudor con su obligación en forma parcial también sufre el acreedor los perjuicios en la misma proporción en virtud del incumplimiento.

Es de observarse que quedan los acreedores en manos de deudores inconsecuentes el cumplimiento de las obligaciones sin que puedan de una manera directa compelerlos al cumplimiento en especie de las obligaciones que contraen. Lo cual representa una ventaja desproporcionada como antes se ha expresado, en contra de los acreedores, los que en última instancia quedan en manos como se dijo, de deudores inconstantes, sin encontrar más solución que sufrir las consecuencias de carácter de medios efectivos para hacer cumplir a los deudores sus obligaciones, cuando se estipule una cláusula penal en la misma proporción al valor y cuantía de a obli-

gación prometida, resultando nugatorios los preceptos legales vigentes de la institución estudiada.

A nuestra manera de ver debe reformarse el artículo 1843 siguiendo el criterio del Código Civil Alemán en el sentido de que sirva como medio coercitivo indirecto la estipulación de una pena convencional por una mayor cantidad a la que representa la obligación prometida o principal por el deudor, señalando como importe mínimo el que represente la obligación que se va a ejecutar, sin perjuicio de que se le puedan otorgar al deudor las mismas garantías para la reducción en los casos de que la pena estipulada sea excesiva.

CONCLUSIONES.

1.—La pena convencional es una estipulación contractual lícita y adicional.

2.—La pena convencional es una estipulación accesoria a una obligación principal, por lo cual es una institución sui-generis al contrato.

3.—El efecto principal de la pena convencional ^{es en} la doctrina tiende a asegurar el cumplimiento de un primer convenio.

4.—La pena convencional es estipulada para el caso de incumplimiento de una primera promesa, se fija de antemano el pago de una prestación determinada, como concepto de daños y perjuicios al realizarse el evento previsto del incumplimiento.

5.—Siendo como es la pena un medio de garantizar el cumplimiento de una obligación, se colige que entre mayor sea la cuantía que para dicha pena se fije en relación con el valor de la obligación, menor será la posibilidad para el deudor de encontrar otra alternativa sino es mediante el cumplimiento; y es en esta forma que cumple con su función de medio coercitivo indirecto.

6.—Para que se llene el requisito de medio coercitivo indirecto que la doctrina ha dado a la pena convencional de asegurar el cumplimiento de lo pactado, es necesario reformar el artículo 1843 debiéndose tomar en cuenta como modelo lo que dispone el artículo 340 del Código Civil Alemán.

7.—En el caso de que la pena estipulada en las obligaciones de dar cierta cantidad de dinero se debe tener en cuenta lo que se ha expresado sobre la reforma que debe hacerse al artículo 2117 en el que se dijo que debe tomarse en cuenta lo que dispone el artículo 193 de la Ley General de Título y Operaciones de Crédito, fijando un mínimo para el resarcimiento de los daños y perjuicios.

N O T A S .

TODOS LOS PRECEPTOS INVOCADOS QUE NO SEAN REFERIDOS DIRECTAMENTE A ALGUN ORDENAMIENTO JURIDICO ESPECIFICO, DEBERAN ENTENDERSE COMO VIGENTES DEL CODIGO CIVIL DEL D. Y T. FEDERALES.

.

- 1.—Luis María Rezzonico.—Manual de las Obligaciones.—Ed. Delalnsa, Buenos Aires, Argentina, 1954 pág. 11.
- 2.—Pothier.—Obras de Pothier.—Tratado de las Obligaciones.—Tomo I pág. 1 Barcelona, Administración, Calle Sta. Mónica No. 2.
- 3.—Manuel Borja Soriano.—Teoría General de las Obligaciones.—Tomo I pág. 80 Editorial Porrúa, Méx., D. F. 1953.
- 4.—Manuel Borja Soriano.—Op. Cit. pág. 80.
- 5.— " " " " " " " "
- 6.— " " " " " " " "
- 7.— " " " " " " " "
- 8.— " " " " " " " "
- 9.— " " " " " " " "
- 10.— " " " " " " " "
- 11.—E. Gutiérrez y González.—Derecho de las Obligaciones.—Ed. Cajica, Puebla, Pue. 1961 pág. 19.
- 12.—Paul Oertmann.—Int. al Derecho Civil.—Ed. Labor, S. A. 1933 trad, Luis Sancho Seral, pág. 199.
- 13.—G. Marty.—Derecho Civil.—Teoría General de las Obligaciones.—Vol. I.—Ed. José M. Cajica, Puebla, Pue. pág. 164.
- 14.—Manuel Borja Soriano.—Op. Cit. pág. 45 N° 845.

- 15.—Pothier.—Op. Cit.—pág. 14 a pág. 16.
- 16.—Manuel Borja Soriano.—Op. Cit.—Tomo II. pág. No. 967.
- 17.—Chironi.—La Culpa en el Derecho Civil Moderno.—Segunda Edición pág. 121.
- 18.—Manuel Borja Soriano.—Op. Cit. pág. 85. No. 928. Tomo II
- 19.—Manuel Borja Soriano.—Op. Cit. pág No. 931. Tomo II
- 20.—René Foinet.—Manual Elemental de Derecho Romano Vol. XVIII Ed. C. Cajica, Puebla, Pue. pág. 87.
- 21.—Marcel Planiol.—Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.—Trad. Dr. Mario Díaz Cruz Tomo VII.—Las Obligaciones.—2a. Parte. Editorial Cultura, S. A. La Habana 1945 pág. 178.
- 22.—José D'Anguano.—Genésis y Evolución del Derecho.—Trad. D. Pedro Dorado Ed. Impulso, Buenos Aires, Argentina. 1943 pág. 554.
- 23.—Eugenio Petit.—Tratado Elemental de Derecho Romano.—Trad. D. José Ferrández González Ed. Nacional. 1951 Méx., D. F. pág. 475.
- 24.—Eugenio Petit.—Op. Cit. 475.
- 25.—Mario Sarfatti.—Int. al Estudio del Derecho Comparado.—Trad. del Instituto de Derecho Comparado.—Escuela Nacional de Jurisprudencia. México, D. F. Imprenta Universitaria. 1945 pág. 102 y siguientes.
- 26.—Mario Sarfatti.—Op. Cit. pág. 102 y siguientes.
- 27.—Les Cinq Codés Nouvelle Edición Paris 1832 Trad. Lic. Efraín Gómez C.
- 28.—José Castan Tobeñas.—Op. Cit. pág. 34.
- 29.—Código Civil Español Tomo IV Notas y Referencias de don Modesto Falcón Madrid, España, Centro Editorial de Góngora 1889 págs. 41 y siguientes.
- 30.—L. Ennecerus T. Kipp. T. Wolff. Derecho de las Obligaciones Trad. de la 35a. Edición Alemana por Blas Pérez González y José Alguier Tomo I Parte General págs. 29 a 33.
- 31.—Mario Sarfatti.—Op. Cit. págs. 134 a 138.

- 32.—Código Civil Alemán (B. G. B.) Trad. Carlos Melon Infante Ed. Bosch Casa Editorial Barcelano España.
- 33.—L. Ennecerus. T. Kipp. T. Wolff. Tomo I Parte General pág. 186.
- 34.—Rudolfo Stammler Tratado de Filosofía del Derecho Ed. Labor 1933.
- 35.—Pothier.—Op. Cit. pág. 1 Tomo II.
- 36.—Baudry-Lacantinierie-et-Barde Trattado Teórico Práctico di Diritto Civile delle Obbligazioni Tomo XIII Milano, Italia 1915 Trad. Lic. Efraín Gómez C. pág. 472.
- 37.—Marcel Planiol Op. Cit. Tomo VII pág. 87.
- 38.—A. Colin y H. Capitant Curso Elemental de Derecho Civil Trad. de Demófilo De Buen Instituto ED. Reus 1943 Madrid Tomo III pág. 49.
- 39.—Louis Josserand Derecho Civil Tomo II Vol. I Teoría General de las Obligaciones Trad. Santiago Cunchillos Manterola Ediciones Jurídica Europa-Americanas Bosch y Cia Editores Buenos Aires 1950 pág. 518.
- 40.—Julien Bonnecase Elementos de Derecho Civil Trad. Lic. José M. Cajica Jr. Tomo II Bibl. Jurídica Sociológica Vol. XVI Ed. José María Cajica, Puebla. Pue. 1945 pág. 435.
- 41.—J. Giorgi Teoría de las Obligaciones en el Derecho Civil Moderno Trad. Dn Eduardo Dato Iradier Madrid 1910 Tomo IV pág. 465-6.
- 42.—L. Ennecerus T. Kipp. T. Wolff Op. Cit. Tomo I Parte eGeneral pág. 185.
- 43.—J. W. Hedemann Derecho de las Obligaciones Vol. III Trad. Jaime Santos Briz Ed. Revista de Derecho Privado 1958 Madrid, España 1958 pág. 54.
- 44.—V. Loewenwater Derecho Civil Alemán Tomo I Ed. Prensas de la Universidad de Chile 1935 pág. 180.
- 45.—Pothier Op. Cit. Tomo II pág. 2.
- 46.—Pothier Op. Cit. Tomo II pág. 4.
- 47.—Barroz Errazuris Curso de Derecho Civil 4a. ED. Vol. II No. 70 Referido por Manuel Borja Soriano pág. 104 No. 963.

- 48.—Baudry-Lacantinierie-et-Bardeo Op. Cit. Vol. XIII No. 1357.
- 49.— Op. Cit. Vol. XIII No. 1357.
- 50.— Op. Cit. Vol. XIII No. 1357.
- 51.—J. Giorgi. Ob. Cit. Tomo IV. pág. 467 - 8.
- 52.—J. Giorgi. Op. Cit Tomo IV pág. 473 No. 453.
- 53.—L. Ennecers T. Kipp. T. Wolff. Op. Cit. Tomo I pág. 185.
- 54.—Baudry-Lacantinierie-t-Barde Op. Cit. Vol. XIII No. 1367 b).
- 55.—Baudry-Lacantinierie-t-Barde Op. Cit. Vol. XIII No. 1364.
- 56.—Manuel Borja Soriano Op. Cit. Tomo II pág. 108 No. 972.
- 57.—Rafael Rojina Villegas Derecho Civil Mexicano Tomo V Obligaciones
Vol. III pág. 107.
- 58.—Baudry-Lacantinierie-et-Barde Op. Cit. Vol. XIII No. 1364 a).
- 59.—J. Giorgi. Op. Cit. Tomo II pág. 214 No. 154 a).