



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**EL LÍMITE A LA PENA CONVENCIONAL EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL COMO UN ELEMENTO TRASGRESOR
DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO.**

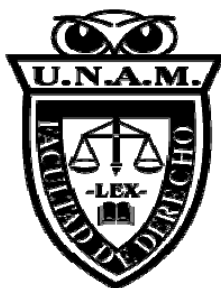
T E S I S I N A

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL

PRESENTA:

JONATHAN ÁLVAREZ LÓPEZ



**ASESOR DE TESIS:
DR. AGAPITO CAMPILLO CASTRO
Ciudad Universitaria, CDMX, 2018**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Índice

Introducción.	1
Capítulo 1. Marco conceptual.	3
1.1 Responsabilidad civil.	3
1.2 Daños y perjuicios.	6
1.3 La reparación del daño.	8
1.4 Principio de integridad reparadora o principio de reparación integral.	9
Capítulo2. Antecedentes de la pena convencional.	12
2.1 Derecho Romano.	12
2.2 Derecho Medieval.	13
2.3 Código de Napoleón.	15
2.4 Derecho Comparado.	17
Capítulo3. La pena convencional.	20
3.1 Concepto.	20
3.2 Características. Funciones y efectos de la cláusula penal. Utilidad.	21
3.2.1 Límite de la pena convencional.	22
3.2.2 Obligación principal.	24
3.2.3 Funciones y efectos de la cláusula penal.	25
3.2.4 Utilidad.	26
Capítulo 4. Regulación actual en México de la pena convencional.	26
Capítulo 5. Los Derechos Humanos y la responsabilidad civil.	33
5.1 La regulación de la usura en los intereses moratorios.	34
Capítulo6. Exposición de la problemática.	41
Capítulo7. Propuesta de modificaciones.	56
Conclusiones.	61
Bibliografía	65
Fuentes electrónicas	65
Legislación y jurisprudencia	67

Introducción

Para la realización de este trabajo, elegí profundizar sobre la pena convencional por ser ésta una figura creada por el legislador para regular la responsabilidad civil y que es de aplicación diaria en la celebración de contratos de uso generalizado en la práctica jurídica.

Regulado por el artículo 1843 del código civil, la pena convencional no puede rebasar ni en valor ni en cuantía a la obligación principal, lo cual es comprensible tomando en consideración que el daño que sufre una persona a consecuencia del incumplimiento de una obligación se refleja directamente en la ausencia de aquella prestación que estaba por recibir de la otra parte en el vínculo contractual. Este impacto patrimonial se denomina *daño*.

Luego entonces, si la pena convencional tiene por objeto regular la responsabilidad civil, y a su vez, ésta tiene por objeto resarcir los daños y los perjuicios derivados de un actuar ilícito, ¿la cláusula penal restringe el derecho de cobrar los perjuicios ocasionados con tal conducto?

Esta interrogante me permitió hacer un primer acercamiento a la pena convencional, a fin de comprobar en qué medida busca nuestra legislación velar por la protección del derecho de los gobernados para obtener un resarcimiento justo a través de esta figura, y de manera paralela estudiar sus orígenes históricos, los cuales resultaron de gran relevancia para comprender su funcionamiento y objetivos, principalmente porque en la responsabilidad civil se advierte como última finalidad, la intención de la sociedad para actuar frente al daño producido en perjuicio de sus integrantes—resarciendo o reparando—, volviendo las cosas al estado anterior en el que éste se produjo, lo que en este trabajo se denominó como *principio indemnizatorio*.

Al encontrar que en sus orígenes esta figura ha presentado algunas importantes modificaciones (sin alterar su esencia), y luego de revisar su regulación en el Código de Napoleón—como principal influencia de diversos sistemas jurídicos—, me di a la tarea de buscar cómo en otros países que tuvieron dicho cuerpo normativo como referencia se reguló esta sanción, con el propósito

de encontrar sus diferencias más importantes en atención a las restricciones, cuyos matices se fueron acentuando en mayor medida.

Tal es el caso que se presentó al revisar la legislación actual. Si bien los antecedentes de nuestros ordenamientos civiles no arrojaron algún dato relevante, al buscar en la legislación de cada una de las entidades federativas se halló que existían, si bien muy pocas, diferencias que valió la pena poner sobre la mesa.

Como parte integrante de este estudio, se abordó la cláusula penal desde la perspectiva y aportaciones que los derechos humanos podían otorgar a la pena convencional, dado su impacto en nuestra legislación a raíz de las reformas del año 2011. Sin embargo, esta es quizá la parte en donde se encontró un mayor obstáculo para encontrar una solución al problema que se venía dilucidando desde el comienzo. Los criterios judiciales vigentes que hablan sobre este tema, implican un cambio de dirección que introducen parámetros novedosos que distan de los objetivos que persigue el principio indemnizatorio. Ante tal situación la posibilidad de retomar en nuestra legislación el análisis de este pacto convencional se vuelve necesaria para volver efectivo el mecanismo legal para velar por el resarcimiento de daños y perjuicios en el ámbito del derecho civil.

Este trabajo tiene como primer y más importante propósito describir la coexistencia en nuestro sistema jurídico entre el principio de autonomía contractual con el de indemnización resarcitoria (o justa reparación), y encontrar las causas de las restricciones que actualmente posee. Como propósito complementario, se hizo una valoración entre ambos principios para determinar si resultaba procedente pensar en posibles modificaciones ante el desequilibrio que existe entre estos pilares del Derecho.

Finalmente, a manera de *adendum* se exponen algunas alternativas para dar solución a los diversos problemas planteados, así como los principales obstáculos que ello podría implicar dada la regulación actual.

Capítulo 1. Marco conceptual

1.1 Responsabilidad civil¹

Desde que el ser humano tomó conciencia de ser parte de algo más allá de su propia individualidad, al tiempo que intentaba sobrevivir en el espacio que lo rodeaba, comenzó a percatarse que las acciones que realizaba muchas veces tenían un impacto sobre un tercero que podía o no haber intervenido en dicho acto. Con la evolución de las sociedades poco a poco se fueron adoptando medidas para regular de forma imprescindible las relaciones entre sus habitantes y las consecuencias que éstas generaban.

De manera general, la noción de responsabilidad tuvo como origen la concientización de las sociedades acerca de las causas (naturales, divinas y humanas) de los hechos que ocurrían a su alrededor. Con la evolución de estas agrupaciones, se concluyó que una conducta del ser humano que causaba un daño a otro era susceptible de ser sancionada.²

Posteriormente la distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil sólo tuvo lugar cuando fueron posibles dos clases de consecuencias jurídicas distintas para las conductas socialmente indeseables: el castigo y la obligación de

¹ Excluiremos de este apartado a la responsabilidad civil extrapatrimonial—también conocida como daño moral—debido a que, aún y cuando compartan características con la responsabilidad civil contractual, consideramos que tiene una finalidad exclusivamente sancionadora, que dista de ser, por su naturaleza, una forma de compensar al afectado, sino que busca más recompensarlo. Al respecto, Borja Soriano refiere que *La reparación moral no es una pena infringida al culpable, aunque tenga por resultado, como la multa, una disminución del patrimonio. En efecto, el fin de la reparación moral no es infligir una pérdida al ofensor, sino procurar al ofendido un aumento en su patrimonio.* Véase, Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21ª edición, México, Porrúa, 2016, p. 376.

² Cfr. Larrañaga, Pablo. *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2004, p. 20.

restitución o compensación.³ A reserva de tal apreciación, estas dos características se encuentran –dado su origen común– íntimamente vinculadas en su regulación, aún y cuando actualmente sean fuentes de obligaciones autónomas.

Como se puntualizará más adelante al hablar sobre los antecedentes de la pena convencional, esta distinción nace como consecuencia de dos procesos en la sociedad, que de acuerdo a la opinión de Pablo Larrañaga, consistieron en la desacralización de las relaciones sociales y por otro lado, la estratificación del Derecho. Al respecto señala:

Como consecuencia del primer proceso, las respuestas ante los ilícitos pierden el tinte de venganza o expiación que les imprimía la necesidad de satisfacer a una divinidad violenta. Como consecuencia del segundo proceso, por un lado, el Estado (...) deja relativamente un espacio normativo, referido principalmente a las actividades económicas, donde la intervención autoritativa se centra solo en dirimir disputas entre los particulares.⁴

Procesos que tienen su origen principalmente a partir del siglo XVIII en Europa y en el siglo XIX en América, con motivo de las corrientes ideológicas de corte liberal. Si bien el Estado entiende que la protección a esta figura es de su incumbencia y la incorpora en su regulación jurídica, también comienza a preocuparse—como resultado de una exigencia social—de preservar la libertad de los individuos en sus relaciones cotidianas; por lo que asume un papel de vigilante en la implementación de las normas, entre ellas, las de finalidad resarcitoria.

Como resultado de su evolución histórica, y siguiendo la línea de estudio de este autor⁵, actualmente la responsabilidad civil tiene como principales características las siguientes:

- a) La sanción se enfoca en el resultado de la conducta dañosa; y se busca facilitar una reparación ante la lesión de un derecho subjetivo.
- b) El objetivo de la sanción, que en este caso consiste en ser el instrumento

³Ibidem, p. 23

⁴ Larrañaga, Pablo, op.cit., p. 23

⁵ Cfr. ibidem, pp. 24-29

de una justicia conmutativa o compensatoria, esto es, buscando restituir las cosas al estado en el que se encontraban antes de la afectación, o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

- c) Los procedimientos para determinar la adscripción de la sanción⁶. En el proceso civil, éste se centra en considerar las pretensiones y hechos aportados y probados por las partes, en donde es limitada la participación del juez y cuyo procedimiento puede iniciarse solamente a instancia de parte afectada o alguien con interés legítimo (padres, tutores, albaceas, etcétera.); y
- d) El contenido de la sanción, debido a que el estado busca dar como respuesta la composición y la compensación, misma que busca recuperar el equilibrio, de índole económica, perdido ilícitamente en afectación de una de las partes.

Por su parte, diversos doctrinarios coinciden en que una característica indispensable para su comprensión es que la responsabilidad civil puede ser clasificada por cuanto a la obligación que le da origen, como contractual o extracontractual⁷; así como su distinción en cuanto a la producción del daño dependiendo del mecanismo utilizado, que separa a la responsabilidad civil objetiva de la subjetiva, cuando existe de por medio mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, en términos de lo establecido por el artículo 1913 del Código Civil local.

Retomando las características antes mencionadas, cuando nos refiramos a la responsabilidad civil a lo largo de este trabajo, hablaremos de la responsabilidad civil subjetiva, la cual deberá entenderse como una institución jurídica consistente en la obligación a cargo de una persona para restituir o indemnizar a otra que ha sufrido una afectación en su esfera patrimonial derivada de un ilícito cometido por este, sea contractual o extracontractual, en los casos que determina la ley y

⁶ Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 3ª edición, México, Porrúa, 1995, p. 145

⁷ Martínez Alfaro, Borja Soriano, Gutiérrez y González, por mencionar algunos ejemplos.

prevista de un mecanismo para hacer efectiva la sanción impuesta.

Finalmente, es oportuno mencionar que esta institución busca como propósito preservar la igualdad en las relaciones entre los particulares; no distingue entre la relación de cualquier otra naturaleza que exista entre los agentes (infractor y afectado), como lo reconoció la Primera Sala en la tesis de rubro "*Responsabilidad civil. El artículo 7.170 del Código Civil del Estado de México, que permite a quien se le causa un daño exigir su reparación directamente del responsable, no vulnera el derecho de igualdad*"⁸.

1.2 Daños y perjuicios.

Estudiado el anterior concepto, para la comprensión del mismo es necesario estudiar otras figuras jurídicas indispensables para determinar los alcances de su aplicación, particularmente en lo atinente a la afectación patrimonial.

Por *daño* se entiende a la pérdida, menoscabo o disminución sufrida en el patrimonio de una persona por la falta de cumplimiento de una obligación, y se reputa perjuicio la privación de una ganancia lícita que el afectado pudo haber obtenido de cumplirse la prestación.⁹

Ahora bien, llamamos *perjuicios*, dice Pothier, a la ganancia que se ha perdido de obtener, esto es, la ganancia que de la que se ha privado con motivo de la inejecución de la obligación.¹⁰

Respecto de las ganancias que caracterizan a los perjuicios, la práctica ha demostrado que se trata de un elemento difícil de delimitar, por la ambigüedad que tiende a reflejar una vez que se produce una afectación de tales características, sin embargo, no han sido pocos los intentos por dar claridad y dotar de eficacia a este elemento tan importante de la responsabilidad civil. En respuesta a esta

⁸ Tesis. 1a. XXII/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. décima época, febrero de 2014, p. 683.

⁹ Treviño García, Ricardo. *Teoría General de las Obligaciones*, México, Mc Graw Hill, 2007, p. 321

¹⁰ Pothier, Joseph, citado por Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, México, Porrúa, 1997, t. VI, p. 574.

problemática, nuestros tribunales de mayor jerarquía se apoyaron en la doctrina chilena para establecer lo que debe entenderse por ganancia al momento de reclamar perjuicios, para delimitar los mismos, en la tesis denominada *Perjuicios. Para acreditar su existencia, debe demostrarse la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación*:

*“La ganancia, válidamente puede concebirse, tal como lo sostiene César Sepúlveda en su obra "Diccionario de Términos Económicos" (Editorial Universitaria, décimo primera edición, Santiago de Chile, 1995, página 101), como "el valor del producto vendido, descontando el costo de los insumos y la depreciación, menos los pagos a los factores contratados, tales como salarios, intereses y arriendos", es decir, se trata de la retribución implícita a los factores aportados por los propietarios de una determinada empresa; de ahí que el impedimento para expender (vender) un producto, no demuestra, per se, la privación de la obtención de cualquier "ganancia", ya que este último concepto se obtiene al restar los costos de producción a las ventas pues, en caso de que el monto de los gastos sea mayor al del precio en que fue vendido al público consumidor, no se obtendrían ganancias, sino pérdidas”.*¹¹

A su vez, una clasificación que ofrece la doctrina respecto de los perjuicios, consiste en que estos pueden ser tanto actuales como futuros, al igual que puede existir daño emergente actual y daño emergente futuro. Esa diferencia se puede ilustrar muy bien con el siguiente ejemplo: En un accidente de circulación con lesiones corporales será: (1) daño emergente actual, el coste de reposición del vehículo y los gastos de farmacia y hospital; (2) lucro cesante actual, los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia; (3) daño emergente futuro, los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes; y (4) lucro cesante futuro, las ganancias que se dejaron de percibir como consecuencia de la incapacidad

¹¹Tesis III.2o.C.35 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 28, Marzo de 2016, Pág. 1753

permanente.¹²

No obstante, nuestra legislación actual contempla una protección a los daños y perjuicios que únicamente sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación, conforme lo establece el artículo 2110 del Código Civil para la Ciudad de México.¹³

Como se ha visto, ambas figuras fungen como un mecanismo que protegerá y buscará dar resarcimiento a los intereses que hayan sido afectados y que estén protegidos por el ordenamiento legal. Suponen una lesión previa a un interés jurídicamente relevante de manera tal que no existen daños ni perjuicios si no existe tal interés. Asimismo, se necesita que la víctima no tenga obligación de soportar el daño¹⁴, como podría ser la culpa inexcusable del agraviado.

1.3 La reparación del daño

Revisados los alcances de los conceptos de daños y perjuicios, ahora toca profundizar en la manera en la que el Derecho busca proteger la restauración de los mismos.

La reparación del daño es un elemento que integra la responsabilidad civil y que debe entenderse como la finalidad que persigue dicha institución. Consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la comisión del daño o en el pago de daños y perjuicios cuando es imposible dicho resarcimiento. En la indemnización en especie, el daño se repara siempre en forma total, o sea, como si nunca

¹²Izquierdo Tolsada, Mariano, citado por Garnica Martín, Juan F., “La prueba del lucro cesante”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, p.49 <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/lucroCesante.pdf>. Consulta 21/05/2018, 15:12h.

¹³ Artículo 2110. Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

¹⁴ Cfr. Aldi, Antonio Jacob, “Notas actuales sobre derecho de daños”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, 2003, Mayo-Agosto, p.108, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13396/12659>. Consulta 04/06/2018, 20:28 h.

hubiera sucedido el hecho dañoso; en cambio en la indemnización en numerario, la reparación generalmente es parcial y –de acuerdo a Martínez Alfaro—sólo excepcionalmente se repara en forma total.¹⁵

No obstante esta última imposibilidad práctica, la regla general que persigue la reparación del daño consiste en que la restitución sea lo más acercada a un restablecimiento íntegro de los derechos que se vieron afectados.

Esto es así porque indemnizar significa dejar indemne, es decir, sin daño. Pero en la realidad lo que sucede es que la marcha atrás es imposible en la mayoría de las situaciones, por lo que la *restitutio un íntegro* o sea, la devolución de las cosas a su estado inicial, normalmente no es posible, siendo sustituida por el pago del equivalente pecuniario, o sea, el sistema de compensación del daño infringido, mismo que surgió desde la antigua Roma.¹⁶

Es importante mencionar, por otro lado, que la producción de un daño o perjuicio puede generarse en diversidad de circunstancias: porque no se llevó a cabo la prestación pactada, porque se ejecutó una conducta distinta, porque no se hizo en la cantidad acordada, o porque no se llevó dentro del tiempo previsto. Así la indemnización puede clasificarse en dos: la compensatoria—que abarca las primeras tres hipótesis, y la moratoria.

La indemnización compensatoria es la que debe el deudor en razón de la inexecución, la cual puede ser total o parcial; si no es posible su cumplimiento el acreedor obtiene una ejecución en dinero, una ejecución por el equivalente.

La indemnización moratoria es la que debe el deudor por el cumplimiento de la obligación que se hace de manera retardada. Es una especie de inexecución parcial—ya que el tiempo o plazo para su realización, tiene como origen una cláusula convencional o una natural, forma parte inherente de la obligación—.Es la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada en la época en la que debía serlo.

De la clasificación anterior podemos reflexionar válidamente que, en aras de preservar la mayor igualdad posible, el monto de la indemnización no es el

¹⁵Martínez Alfaro, Joaquín, *op. cit.*, p. 166

¹⁶Aldi, Antonio Jacob. *Op. cit.*, p.99

mismo para todos los casos. Tal y como lo mencionan Planiol y Ripert: la indemnización debe resarcir tan exactamente como sea posible el daño realmente sufrido por el acreedor, es decir, la indemnización no debe comprender nada de más. Todo lo que concediese de más constituiría un beneficio ilegal para el acreedor¹⁷. De ahí este elemento de la responsabilidad civil actúa como el eje rector de esta institución.

Lo anterior conduce a afirmar que, intrínsecamente, la responsabilidad civil lleva aparejada un principio que lo hace operar a través de todo un conjunto de normas.

1.4 Principio de integridad reparadora o principio de reparación integral.

Si entendemos la reparación del daño, más allá del ámbito civil, como una institución jurídica que busca un beneficio en forma de resarcimiento o indemnización a favor de quien ha sufrido un menoscabo en su esfera patrimonial, podemos percatarnos que en diversas ramas del derecho público, privado y social, se encuentra presente algo que, Ramón Domínguez Águila, denomina *sistema general de reparación del daño*. Dentro de este engranaje legal se encuentra lo que él denomina "principio de reparación integradora".¹⁸

Este autor apunta esencialmente que existen diversos límites derivados del funcionamiento del régimen de reparación, como la falta de uniformidad de criterios para determinar los alcances del lucro cesante, para determinar el *quantum* del daño moral, o la solvencia del infractor¹⁹. Esta clasificación nos sirve

¹⁷Planiol Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, traducción de José M. Cajica, México, Cárdenas editor, 1981, t. IV, p. 637.

¹⁸Si bien en México no se acuña este concepto de manera idéntica, lo podemos ver inmerso en el derecho humano a una reparación integral o justa indemnización, al que se refieren diversos criterios judiciales, como se expondrá en la parte final de este trabajo.

¹⁹ Cfr. Domínguez Águila, Ramón, "Los límites al principio de reparación integral", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Chile, 2010, pp.11-12, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4110213.pdf>

para ubicar dentro del amplio espectro de la reparación del daño, a la responsabilidad civil, y en consecuencia, a la pena convencional, pues ésta comparte los mismos problemas que se hacen presentes en el sistema reparador confirmando su pertenencia a dicho mecanismo.

Si bien los autores clásicos en nuestra doctrina no suelen referirse expresamente a este principio cuando se habla de responsabilidad civil, lo cierto es que el mismo es apreciable siempre que se habla de ella.

Medina Crespo²⁰ nos dice que en virtud del principio de integridad *reparatoria* o de la reparación entera, integral, plena, plenaria, total o completa, cualquier sistema de valoración del daño –de tipo judicial o de tipo legal— ha de estar enderezado a proporcionar una reparación que comprenda todos y cada uno de los daños padecidos, con referencia tanto a los extrapatrimoniales, como a los patrimoniales, habiéndose de socorrer solamente el daño, pero sin dejar de resarcir daño alguno relevante.

Constituye un *feliz acuñamiento* del principio la expresión a la que acude la doctrina francesa, en el sentido de que debe repararse el daño, todo el daño y nada más que el daño, ni más ni menos. De esta forma, queda apuntado que dicho principio puede vulnerarse por exceso, por rebasar su límite vertical superior (*sobrerresarcimiento*) y por defecto, por no alcanzar el límite vertical inferior (*infrarresarcimiento*), debiéndose evitar cualquier enriquecimiento, pero también la persistencia en el empobrecimiento. Por eso se dice que la (total) indemnidad constituye la finalidad y, al tiempo, el límite de la responsabilidad civil, pues ésta se pone al servicio de restaurar el empobrecimiento que causa el daño padecido, evitando, a su vez, cualquier beneficio o lucro *sobrerrestaurador* que de suyo se sitúa extramuros de ella²¹

²⁰ Pocos son los autores que abordan este concepto, y es en la doctrina española en donde se encuentran los estudios más completos sobre este tema, en razón de las jurisprudencias emitidas por la corte con divergencia de criterios que debaten sobre los alcances de la indemnización en la responsabilidad civil contractual.

²¹Medina Crespo Mariano. La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada

Capítulo 2. Antecedentes de la pena convencional

Al igual que la responsabilidad civil, la cláusula en estudio ha evolucionado desde su origen a través de las regulaciones que más influencia han tenido en los sistemas jurídicos actuales, con aspectos relevantes que merecen la pena ser profundizados a fin de saber el rumbo que ha tomado. Primero estudiaremos los antecedentes directos que han tenido inferencia en nuestra regulación actual, y posteriormente se hará una breve reseña de derecho comparado.

2.1 Derecho Romano

El maestro Rafael De Pina²² menciona que el origen de la cláusula penal lo encontramos en el derecho romano, en el que se le atribuyó originariamente una función compulsiva, puesto que mediante ella el deudor quedaba sometido al pago de una cantidad de dinero en caso de incumplimiento de la obligación. En el curso de la evolución del derecho romano la cláusula penal (*stipulatio poenae*) se transformó de compulsiva a indemnizatoria, adquiriendo la naturaleza de una indemnización convencional de los perjuicios emanados del incumplimiento de la obligación.

La *stipulatio poena* se define como la estipulación que tiene por objeto obligar al deudor a satisfacer una pena, misma que ha sido prometida a través de este contrato *verbis*, para el caso de que la deuda contraída con anterioridad fuera incumplida, o el hecho que se debiere realizar no se ejecutase. La finalidad de ésta era muy variada, ya que garantizaba la obligación principal, pero ella en sí misma existía por sí, aunque bajo la condición suspensiva del incumplimiento por parte del deudor.²³

Las investigaciones de los romanistas nos enseñan que el uso de las cláusulas penales en el derecho romano fue muy frecuente, en el derecho provincial de manera especial, y no solamente en los contratos, sino también en

<http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina402.pdf?phpMyAdmin=7b55e1d0ad7cdadda92b409248219bba>

²² De Pina, Rafael, op. cit., p. 206.

²³ Huber Olea, Francisco José. *Diccionario de Derecho Romano*, segunda edición, México, Porrúa, 2007, p. 765.

los que eran corrientes las disposiciones *poeane nomina*, destinadas a constreñir a los herederos o legatarios al cumplimiento de un acto determinado, bajo la amenaza, en el caso de no realizarlo, del perjuicio consiguiente que dicha pena significaba.²⁴

2.2 Derecho Medieval

En el Medioevo, la pena convencional fue aplicada en el mismo sentido que su antecesora romana; sin embargo, con el paso del tiempo fue sufriendo diversas modificaciones—con principal influencia de la ideología católica—que le otorgó sus características más enriquecedoras en cuanto a la doble función que actualmente desempeña en nuestro derecho actual, como protectora de la libertad contractual y de la responsabilidad civil.

En un principio solía consistir en el pago del doble o el triple de lo pactado para la obligación principal. No obstante, esta cantidad acabó limitándose al doble del capital asegurado, como, por ejemplo, se constata en el Fuero Real, que limitó su cuantía al doble del importe de la obligación principal²⁵.

El Derecho Visigótico prohibió que la pena consistiera en la pérdida de la libertad personal (servidumbre) o de todos los bienes, pero será la doctrina canónica sobre la usura la que hará que la cláusula penal pierda su carácter obligatorio y adquiera una función reparadora del daño, puesto que la cláusula penal unida a un contrato de préstamo era considerado un medio para sortear la prohibición de usura, tuvo que cambiar su función. De esta manera, la cláusula penal era nula si el prestamista, con ella, pretendía que el deudor no pudiera pagar con el objetivo de obtener un suplemento a su crédito.²⁶

Para saber si existía fraude a la hora de establecerla Raimundo de Peñafort²⁷ estableció dos presunciones: que la pena fuera establecida por una

²⁴ De Pina, Rafael, op. cit., p.206.

²⁵ Alemán López Carlos, *La cláusula penal, que pena merescen aquellos que non guardan las promissiones que fazen*, España, Universidad de Almería, 2014, p.14, <https://goo.gl/hEBwVo>. Fecha de consulta: 15/04/2018, 12:24 h.

²⁶ Ídem

²⁷ San Raimundo de Peñafort, fue un presbítero de la Orden de Predicadores,

persona que solía practicar la usura; y que la pena consistiera en el pago de varias prestaciones escalonadas a lo largo de un tiempo. Sin embargo esta solución no era satisfactoria puesto que era fácil evadirla. Los canonistas admitieron como solución al problema que planteaba la cláusula penal respecto a la prohibición de la usura la teoría del *interesse*, según la cual el acreedor podía recibir su pago en los supuestos de incumplimiento del deudor puesto que éste no consiste en una ganancia sino en una reparación de su daño. Para éstos, el *interesse* era distinto a la usura y admitían esta práctica como lícita.²⁸

Al respecto, considerando que «resarcir» los daños y perjuicios no es usura en la medida en que no suponga añadir nada al capital, configura este resarcimiento mediante la figura del *interesse*, basada en el concepto romano del *id quod interest*, es decir, el equivalente pecuniario de la prestación no cumplida. En consecuencia, San Raimundo de Peñafort, en la Magna Glosa, considera que la *stipulatio poenae* puede ser lícita si se le otorga el mismo tratamiento que al *interesse*, es decir, si se configura con carácter reparador de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.²⁹

El carácter represivo históricamente atribuido a esta figura y su utilización como instrumento para eludir la prohibición de préstamos usurarios, llevaron al Derecho canónico a establecer ciertas reglas tendentes a invalidar cláusulas penales *in fraudem usurarum apposita*. Como consecuencia de estas ideas, la doctrina canonista sólo admitió la validez de penas convencionales que estipularan una valoración anticipada de los daños derivados del incumplimiento y cuyo importe no superara el doble del «*id quod interest*». Sobrepasado dicho

eximio maestro en derecho canónico, que dedicó sus estudios sobre el sacramento de la penitencia. Cfr. Amo, Ángel, Memoria litúrgica de San Raimundo de Peñafort <http://es.catholic.net/op/articulos/31779/raimundo-de-peafort-santo.html>. Fecha de consulta: 03/04/2018, 09:30 h.

²⁸Alemán López Carlos, op.cit., p.15.

²⁹ Arana De la Fuente, Isabel, *La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria*, Anuario de Derecho Civil, España, 2009, t. LXII, fasc. I, p. 1582, <https://goo.gl/RyqTDn> fecha de consulta: 03/04/2018, 15:32h.

límite, la pena podía ser modificada a la baja por los jueces. Producto de este proceso es la transformación de la cláusula penal: reduce sus tintes punitivos y prevalece su carácter resarcitorio, como sistema de fijación previa de la indemnización por daños y perjuicios. A partir de este momento, se hace posible su moderación judicial, no permitida mientras mantuvo su naturaleza punitiva.³⁰

2.3 Código de Napoleón

Es en este punto en donde diversos autores coinciden en que se marca una evolución en la concepción de la responsabilidad civil y por ende, en la pena convencional, por lo que se refiere a su sistematización dentro del ordenamiento jurídico.

Como antecedente histórico inmediato, vimos que en la época medieval se debatía sobre el problema ideológico respecto a si el daño producido debía o no ser resarcido, y en su caso, determinar al responsable.

Sin embargo, este problema se resolvió por una referencia implícita a deberes preexistentes del autor frente a la víctima (lo que corresponde a la tradición del derecho común, influenciado por los canonistas y el pensamiento cristiano, de calificar al hecho dañoso como algo reprobable). Se paga porque se ha pecado. De alguna manera la responsabilidad civil como institución estaba destinada a moralizar las conductas individuales, más que a asegurar la reparación a las víctimas.³¹

Luego de resolver este debate, y de la notable influencia que los estudios de J. Pothier en torno a esta figura (autor del cual nos referimos más adelante), el Código Civil francés reguló la pena convencional del modo siguiente:

En el libro III, dentro del capítulo IV relativo a las diversas especies de obligaciones, junto a las condicionales, a plazo, alternativas, solidarias, divisibles, e indivisibles, encontramos a las obligaciones con cláusula penal (se regula como modalidad o forma de las obligaciones y no solamente como una cláusula

³⁰ Ídem.

³¹ Cruz Mejía, Andrés. *La responsabilidad civil en el Código Napoleón. Las bases de su estructura orgánica*, Revista de Derecho Privado, Número 11, Mayo - Agosto, año 2005, <https://goo.gl/Ep2zEv>. Fecha de consulta: 24/07/2018, 15:21h.

contractual como ocurre en nuestra legislación actual).

Así, el artículo 1.226 la define como cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de un pacto, se obliga á alguna cosa en caso de no cumplirlo.

Se estableció que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal, pero la nulidad de esta no lleva consigo la de la obligación principal.

El acreedor contó con la posibilidad de reclamar el pago de la obligación principal en lugar de la pena convencional; facultad que resulta importante sobre todo en obligaciones de hacer o no hacer dada la imposibilidad o ineficacia que puede surgir con motivo de un cumplimiento extemporáneo.

Respecto de su naturaleza, finalmente quedó fijado que la cláusula penal es la compensación de los perjuicios e intereses que padece el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación principal, lo que es relevante ya que plasma el propósito surgido desde la Edad Media.

Contenga o no la obligación primitiva un término dentro del cual deba cumplirse, no se incurre en la pena sino cuando el que se obligó bien a entregar bien a tomar, bien a hacer, se haya constituido en mora.

Se regula por primera vez que podrá el juez modificar la pena cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte, así como la regulación de la figura histórica del pacto de *porte fort*.

Cuando la obligación primitiva contraída bajo pena es divisible, no incurre en la pena sino el heredero del deudor que contravino a esta obligación principal, sin que haya acción contra los que la hayan cumplido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1234.

Admite excepción esta regla cuando habiéndose puesta la cláusula penal con intención de que no pudiera hacerse el pago parcialmente, ha impedido a un coheredero el cumplimiento de la obligación por entero. En este caso puede pedirse toda la pena contra los demás coherederos a prorrata de su porción solamente, y reservándoseles el uso de su derecho.

Acerca de sus restricciones, el artículo 1.152 establece que las partes

pueden convenir una suma cierta de lo que se pagará a título de daños y perjuicios para aquél que incumpla la obligación, no pudiendo conceder una suma mayor ni menor.

Sin embargo, por ley del 7 de abril de 1900, se incrementó al mismo artículo 1.153, un párrafo del siguiente tenor: "El acreedor al que su deudor en mora haya causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de ese retraso, puede obtener el abono de los daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios del crédito³². Esta modificación, no obstante, no fue retomada por la mayoría de los países que adoptaron esta legislación como principal base de su normatividad, como ocurre en el caso de México.

En el caso de obligaciones que tienen por objeto dar una suma de dinero, los daños y perjuicios resultantes de la mora sólo consistirán en los intereses legales, salvo las reglas particulares del comercio y de la fianza. Esos daños y perjuicios, decía el original artículo 1.153, son debidos sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida.³³

2. 4 Derecho Comparado.

La influencia del Código Civil francés de 1804 que alcanzó en diversos países, nos permite encontrar diversas posturas para regular la misma figura. Principalmente nos enfocaremos en algunos países de Europa, ya que en América Latina la regulación de la cláusula penal varía muy poco respecto de su antecesora francesa³⁴.

Al respecto, Planiol menciona lo siguiente:

(...) la ley federal suiza de 1881—primera legislación en ese país—, decide que, cuando el deudor incurra en culpa, está obligado a reparar totalmente el perjuicio causado al acreedor, cuando este daño sea superior a los intereses moratorios (art. 106 C. revisado). Lo mismo se ha establecido en Alemania; después de haber fijado para los casos ordinarios el 4% anual,

³² Ídem.

³³ Ídem.

³⁴ Es el caso de los Códigos Civiles de Argentina, Chile y Perú, por mencionar algunos.

como tipo de los intereses moratorios, el código civil alemán agrega: *no puede desecharse la demanda de daños y perjuicios superiores al interés legal* (art. 288).³⁵

Como oposición a este criterio, Tapia Ramírez opina que dichos preceptos legales han sido rechazados por la mayoría de las legislaciones, en virtud de que deja sin efectos la utilidad de la cláusula penal³⁶ —lo cual se entiende dado que ya no implicaría una verdadera facultad convencional para fijar los daños, si estos pueden ser modificables posteriormente—.

En Francia, por otra parte, su derecho actual en un principio permitió la reclamación de perjuicios cuya existencia fuera comprobable además del pago de intereses, constituyendo a la fecha una discusión por parte de los aplicadores de las leyes.

En cuanto a su doctrina, un sector entendió que el art. 1559 del Código Civil Francés impedía cobrar otros perjuicios que no fueran los intereses, pues la regla estaría inspirada en el código francés y éste en Robert J. Pothier de donde surge esa idea. Un autor expresa:

“Lo que justifica una legislación de excepción en esta materia es la naturaleza especial de las obligaciones de dinero, cuyo incumplimiento puede provocar una variedad infinita de daños, de diversa especie y monto, sin que el deudor haya estado siquiera en condiciones de preverlos, puesto que no existe entre aquél y el objeto de la obligación la relación más o menos precisa, que es dable observar en las obligaciones no pecuniarias. De ahí que el legislador haya cortado por lo sano y para evitar argumentaciones bizantinas, haya establecido que en caso de incumplimiento, el acreedor sólo tiene derecho a los intereses moratorios de la suma debida, cualquiera que sea la magnitud del perjuicio experimentado y la buena o mala fe con que haya procedido el deudor.”³⁷

Lo cual quiere decir que el derecho civil francés optó por una postura en

³⁵ Planiol y Ripert, op. cit., p. 643.

³⁶ Tapia Ramírez Javier, op. cit., p. 446,447.

³⁷ Gatica Pacheco, Sergio, citado por Domínguez Águila, Op. Cit., p.25.

donde, a manera de excepción del principio de reparación del daño, prefirió limitar la reclamación de los perjuicios, ante la falta de acuerdos por parte del sector teórico y judicial, lo que invariablemente generaba problemas de falta de unificación y una aplicación de la ley discordante.

Por otra parte, un antecedente importante acerca de la finalidad castigadora que perseguía la pena convencional en el derecho español e italiano lo encontramos en la obra de Trabucchi, quien refiere que la pena convencional *procura proteger al acreedor, de manera que, en caso de incumplirse la obligación, reciba la indemnización pactada aunque no hubiera sufrido daño alguno; además se fijará en ella una pena superior al posible valor del daño (es por ello que se la denomina “pena”; tendrá, por tanto, un carácter sancionador (en sentido lato) más que de resarcimiento.*³⁸

También es interesante lo que este actor nos dice al respecto de la posibilidad de reclamar posteriores daños y perjuicios. Menciona que el daño efectivamente sufrido por el acreedor podrá ser superior o inferior a la cuantía de la pena; pero ésta se deberá siempre en la cuantía establecida y el acreedor “no podrá establecer un ulterior resarcimiento”. Esta última norma no tiene valor absoluto, porque el Código, acercándose al sistema del Derecho Romano, admite su derogación por la voluntad de las partes, las cuales estipulando la cláusula penal, pueden convenir también la resarcibilidad del daño ulterior.

Como se puede apreciar, en estos países se buscaba que la cláusula penal sirviera como un auténtico castigo para el deudor que incumpliera con la prestación convenida, de manera tal que la cuantificación de la pena no tenía un límite como en su regulación actual.

En conclusión, vemos que a pesar de los diversos rumbos que tomaron los distintos países enunciados, la pena convencional conservó su propósito sancionador-reparador, propio de la responsabilidad civil, al tiempo que

³⁸ Trabucchi, Alberto. *Instituciones de derecho civil, parte II. Obligaciones y Contratos*. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada. España, Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1967, p. 134.

preservaron –cada uno con criterios distintos— el principio de autonomía contractual.

Capítulo 3. La pena convencional.

3.1 Concepto.

Al final de la lista de conceptos utilizados para este trabajo, y una vez desmembrado el concepto de responsabilidad civil subjetiva para obtener sus características principales, abordaremos el tema la pena convencional, que es el resultado de la intención del legislador para que las partes puedan pactar anticipada y libremente el elemento resarcitorio de la responsabilidad civil, lo cual es consecuencia principalmente de los antecedentes históricos que sobre ésta institución jurídica se han expuesto en los apartados anteriores.

Bejarano Sánchez comenta al respecto que dicha cláusula es la determinación convencional del monto de la indemnización que deberá pagar el obligado en caso de no cumplir su deber jurídico, total o parcialmente de la manera convenida³⁹

La cláusula penal, también conocida con el nombre de pena convencional, es un pacto por el cual las partes convienen el establecimiento de una cantidad de dinero o de la prestación de un hecho como reparación de los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones, a esto algunos le llaman globalización o tarifación de daños.⁴⁰

Joaquín Martínez Alfaro⁴¹ lo define como el convenio que celebran las partes para cuantificar el importe de los daños y perjuicios que se causen con motivo del incumplimiento.

Importante resulta también traer el comentario de La Faille, quien afirma que la cláusula penal se trata de una obligación accesoria de abonar una suma de dinero, si no se cumple la obligación principal o si se retardó su cumplimiento.⁴²

³⁹ Bejarano Sánchez Manuel citado por Treviño García, Ricardo, op. cit., p.324

⁴⁰ Rezzonico, Juan Carlos citado por Javier Tapia Ramírez en *Derecho de Obligaciones*, México, Porrúa, 2005, p. 442.

⁴¹ Martínez Alfaro, Joaquín, op. cit., p. 173

⁴²De Pina, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Séptima Edición,

Importante resulta destacar de las definiciones antes tomadas, que se trata de una figura jurídica que busca establecer de manera anticipada el monto de los posibles daños y perjuicios ocasionados que, al ser una definición general, abarca a sus subespecies: la cláusula penal compensatoria y la cláusula penal moratoria⁴³. No obstante, dado el estudio de los antecedentes históricos que enunciamos en este trabajo, si bien es plausible, no consideramos que exista fundamento alguno para realizar dicha distinción de manera congruente con la naturaleza de este pacto.

3.2 Características. Funciones y efectos de la cláusula penal. Utilidad.

La pena convencional se encuentra regulada de manera sucinta en nuestros ordenamientos locales y de orden federal. Sin embargo, como se ha visto, detrás de esta breve normatividad existe inmersa la evolución de una figura surgida del principio de integridad reparadora, y que nuestro sistema jurídico ha adoptado de acuerdo a su propio contexto.

Siguiendo la línea de diversos autores, nos centraremos en describir brevemente aquellas características que se extraen de los diez artículos que norman la cláusula penal en el Código Civil Federal y de la Ciudad de México (y que como veremos más adelante, pertenece prácticamente al de todas las entidades federativas, con algunas ligeras variantes):

- a) En la actualidad esta pena tiene un carácter indemnizatorio, es decir, busca la reparación del daño, al tiempo que tiene un carácter coercitivo frente al

México, Porrúa, p. 211.

⁴³ Con independencia de que existe una diversa corriente doctrinal y judicial que considera a la pena convencional moratoria como una cláusula que únicamente busca sancionar el incumplimiento, más no así resarcir los daños y perjuicios ocasionados. Véase al respecto la contradicción de tesis 29/2006-PS, que dio origen a la jurisprudencia de rubro PENA CONVENCIONAL. SU FINALIDAD ES MERAMENTE SANCIONADORA EN LA HIPÓTESIS DEL ARTÍCULO 1743 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN Y, POR ELLO, PUEDE SER RECLAMADA CONJUNTAMENTE CON EL PAGO DE INTERESES MORATORIOS.

deudor (pues su sola mención funge como una advertencia).

- b) Por el simple hecho de fijar esta pena, el acreedor queda relevado de comprobar la existencia de daños y perjuicios.
- c) De igual manera, este pacto releva de la obligación de acreditar el importe reclamado.
- d) Su aplicación es optativa a la exigencia de la obligación principal, pero es conjunta cuando se trata de aplicar la pena por retardo en el cumplimiento.
- e) Es una cláusula accesoria a la existencia y validez de la obligación principal.
- f) Posee un carácter contractual, ya que se fija por acuerdo entre las partes como su nombre lo indica, aún y cuando su cumplimiento dependa de la conducta de un tercero, como en el caso del pacto de *porte fort*⁴⁴.
- g) Su cuantía es proporcional al incumplimiento de la obligación, ya que si la obligación se cumple parcialmente, ésta es susceptible de reducirse de manera equitativa.⁴⁵
- h) Su importe no puede rebasar la cuantía de la obligación principal.

3.2.1 Límite de la pena convencional.

La cláusula que describimos se encuentra dotada de múltiples características que buscan preservar dos objetivos principales: por una parte, dar amplitud a la autonomía de la libertad de las partes, y por otra lograr su finalidad resarcitoria.

Ante ese escenario, no resulta sencilla la coexistencia de ambos propósitos contenidos en una sola figura, sin embargo, la armonía entre los alcances de ambas instituciones se consigue por medio de las limitaciones que la legislación le

⁴⁴ Mismo que se encuentra previsto en el artículo 1841 del Código Civil para la Ciudad de México (así como en todas las entidades de la federación) y consiste en la estipulación de las partes cuando se promete por otra persona, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta del consentimiento de dicha persona.

⁴⁵Cfr. Borja Soriano, Manuel, op.cit., p. 469-470, y Martínez Alfaro, op.cit., pp. 173 Y 174

impone.

Así, la primera restricción que tiene esta figura es que pena convencional no puede rebasar en valor ni en cuantía a la obligación principal, como lo establece el artículo 1843 del Código Civil para la Ciudad de México.

A manera de ejemplo, Treviño menciona que, si se pacta como pena convencional un porcentaje mensual sin límite de tiempo, y por el transcurso de éste, cuando se exige el cumplimiento, la referida pena supere a la obligación principal, debe establecerse que la parte de la pena que exceda del valor o cuantía de esa obligación, es nula, por ser contraria a una ley prohibitiva.⁴⁶

De igual forma encontramos una limitante sobre la cuantía de la indemnización en tratándose de las obligaciones establecidas en dinero, pues como lo prevé el artículo 2117 del Código Civil, en este caso el pago de los daños y perjuicios no puede exceder el interés legal, salvo convenio en contrario. Restricción que, al mismo tiempo, tiene como límite lo dispuesto por el artículo 1843 *ut supra*.

Asimismo, el artículo 1840 de la legislación que se comenta, refiere que si se pide el cumplimiento de la pena convencional, no se puede pedir además, el pago de daños y perjuicios.

El criterio predominante respecto de dicho impedimento, parece tener su antecedente en el principio de previsión, según reflexiona Domínguez Águila: las partes hacen entrar en el ámbito de lo contractual todo aquello que han podido prever al tiempo de la celebración del negocio jurídico. A ello se extiende entonces su responsabilidad. Se ha tenido en previsión ciertas ganancias y correlativamente ciertas pérdidas, de acuerdo con las cuales han tomado los riesgos de la obligación. Lo que salga de esa previsión no forma parte del estricto ámbito de lo contractual. No es, pues, posible hacer responder al deudor de los perjuicios que las partes no pudieron prever al tiempo del contrato, porque de haberlos conocido, seguramente no se habrían obligado.⁴⁷

Como se ha revisado, el principio de autonomía de la voluntad contractual

⁴⁶ Treviño García, Ricardo. op. cit., p. 327

⁴⁷ Domínguez Águila, Ramón, op. cit., p.19

se puede ejercer libremente, respetando los parámetros que son considerados más equitativos para hacer valer el derecho contractual, y a la vez, la responsabilidad civil puede ser exigida sin que se obtenga un doble pago al solicitar también la aplicación de la cláusula sancionadora; ambas con la intención de que las partes actúen con el propósito de resarcir un daño, y no de obtener un lucro.

3.2.2 Obligación principal.

Ahondando más sobre la primera limitante de las antes enunciadas, tenemos que precisar cuál es el alcance del concepto *suerte principal* en el contexto de la aplicación de la pena convencional.

Respecto a este tópico, Treviño sostiene, parafraseando una tesis emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del primer circuito, lo siguiente:

“...la interpretación auténtica, lógica y sistemática de las disposiciones legales rectoras de la cláusula convencional, en relación con su objeto y naturaleza jurídica, conduce a determinar necesariamente que el concepto *obligación principal*, utilizado en el artículo 1843 del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a cada obligación concreta por cuyo posible cumplimiento se pacta la pena convencional, y en modo alguno a la obligación que se estime de mayor importancia, económica, o de cualquier otra índole, entre todas las contraídas en un contrato.”⁴⁸

Esto es, cada pena convencional deberá tener delimitada la obligación cuyo incumplimiento pretende sancionar, con mayor cuidado en aquellos en donde existen diversas obligaciones, pues esta correlación de prestación-pena, es el parámetro del límite. Lo que evita que se establezca una pena general para el incumplimiento de cualquier obligación de las pactadas en un acuerdo de voluntades, pues para tal supuesto será combatible la nulidad de dicha convención.

Lo anterior tiene que ver precisamente con el carácter sinalagmático de las obligaciones contractuales, pues para cada prestación a favor de una de las partes existe una contraprestación que la otra tiene, a su vez, para su beneficio, por lo

⁴⁸Treviño García, Ricardo, op.cit., p. 326

que esta correlación equitativa que existe entre cada debe respetarse en la regulación del castigo para aquél que infrinja uno de los pactos establecidos en el contrato.

3.2.3 Funciones y efectos de la cláusula penal.

Dependiendo del contenido de la cláusula penal, los efectos que puede desplegar son distintos. Se parte de la constatación de que el efecto fundamental es el indemnizatorio y sobre esta base, se pueden ir adicionando otros efectos como son el punitivo, o el liberatorio. Sin embargo esto no implica que en la práctica, el efecto principal que se busca sea el coercitivo, ya que la finalidad de su inclusión es que las partes cumplan con lo comprometido.

A propósito de su aplicación cotidiana, cabe precisar que, de acuerdo con la investigación que se ha agotado en los apartados anteriores, queda claro que—a diferencia de lo que muchas personas (público en general pero también abogados) consideran—esta cláusula no busca obtener, además de la sanción, un lucro en su favor con motivo del incumplimiento, ya que su naturaleza es estrictamente resarcitoria.

Entrando en materia, en la estipulación penal se manifiestan dos efectos. El primero de ellos es establecer de antemano el *quantum* indemnizatorio en el supuesto de un futuro incumplimiento, siendo ésta la función básica que desempeña la pena convencional.

De esta forma, concretando en la cláusula el monto indemnizatorio, el acreedor no tiene que probar y calcular el daño sufrido, por lo que está exento de llevar a cabo tal tarea la cual no resulta sencilla de acreditar. Incluso en el supuesto en que no se produjera daño alguno o fuera inferior a la pena establecida, ésta sería debida de todos modos (de acuerdo con nuestra actual legislación). De esta forma, diversos autores señalan que se evitan los problemas procesales que suelen acompañar a la solicitud de este tipo de pedimentos. Por tanto, el primer efecto sería el valorativo, liquidatorio o sustitutorio. El segundo de los efectos es el persuasivo o disuasorio, en virtud del cual la cláusula penal persuade al obligado al cumplimiento de la obligación reforzada con la cláusula

penal o le disuade de su incumplimiento⁴⁹.

3.2.4 Utilidad

En opinión de Borja Soriano, la importancia práctica de la cláusula penal se manifiesta especialmente en liberar al deudor de la obligación de comprobar en juicio el monto de los daños y perjuicios, pues desde el punto de vista procesal, la prueba de los mismos es en muchos casos sumamente difícil o por lo menos, presenta grandes dificultades. De aquí la ventaja, permitida por la ley, de fijar alzadamente y en forma previa, el importe de la pena, con la única limitación de que no exceda al valor de la obligación principal⁵⁰.

Para Ruggiero, la mayor intensidad de la eficacia de este medio consiste en la amenaza hecha al deudor de agravar su responsabilidad ordinaria si no cumple exacta y puntualmente su obligación. Entiende que la idea de pena que integra la designación de la convención excluye que desde este punto de vista conceptual la función de determinación y liquidación preventiva de los daños pueda considerarse como única, autónoma y exclusiva de tal cláusula e implica, por el contrario, que las partes al estipularla superaron la ordinaria medida que en caso de incumplimiento de retraso serviría de normal al juez para liquidar los daños.

Continúa señalando que el hallarse contenida en la pena convencional, la preventiva liquidación de los daños es consecuencia, del fin a que tiende dicha pena, pues la penalidad por incumplimiento o retraso absorbe en sí el daño correspondiente.⁵¹

Capítulo 4. Regulación actual en México de la pena convencional

Desde la creación del primer Código Civil en nuestro país hasta la actualidad, en materia federal y de la ciudad capital no se han presentado avances importantes en la regulación de la pena convencional para el caso de incumplimiento de obligaciones contractuales. Ciertamente, el legislador se ha ceñido de manera general a la línea marcada por el Código de Napoleón desde el

⁴⁹Cfr. Treviño García Ricardo, op.cit., p. 326 y Tapia Ramírez, Javier. op. cit., pp. 443-444.

⁵⁰ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p. 468

⁵¹ Citado por Rafael De Pina, op. cit, p. 209-210

siglo XIX.

El antecedente más próximo para conocer el criterio del legislador acerca de regular la sanción contractual en cita, la encontramos en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1870, en donde se refiere lo siguiente:

"1a. El objeto esencial de la pena es indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que se le sigan de la falta de cumplimiento de la obligación; el cual se consigue dándole por tasa el mismo valor o interés de la obligación principal. 2a. Si la pena puede exceder del interés de la obligación principal, se halaga con un incentivo muy poderoso al acreedor para que ponga obstáculos al cumplimiento o cuando menos para ser moroso en exigirlo pues, en uno y en otro casos, puede obtener no sólo una indemnización justa, sino también una ganancia considerable. 3a. Los deudores aceptan muchas veces, obligados por la necesidad, la imposición de penas excesivas, y no pudiendo cumplir la obligación principal, menos aún pueden librarse de la pena, de donde resulta que ésta es o un pacto estéril si no se cumple o un gravamen realmente insoportable, si se lleva a cabo. "⁵²

Dicho razonamiento parece estar encaminado a una protección al sector más débil de la población en la celebración de actos jurídicos frente a agentes dotados de mayores herramientas para sacar ventaja de aquellos, lo que forma parte de un conjunto de criterios importantes asumidos en la época.

Duguit mencionaba al respecto que el sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del derecho de la función social, imponiéndose a los individuos y a los grupos, esto es, que cada individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar, y

⁵²*Mora productiva. El principio de proporcionalidad, para evitarla, debe adecuarse a las circunstancias del caso como un límite máximo y reducir prudencialmente los intereses usurarios (legislación aplicable para la Ciudad de México), tesis número I.3o.C.303 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, enero de 2018, t. IV, p. 2193.*

todos los actos tendientes a desempeñar dicha función serán socialmente protegidos y garantizados; mientras que aquellos que atenten contra dicha función, serán sancionados. Todo acto realizado sin derecho por una persona—decía—y que ocasiona un perjuicio a otra, entraña la obligación para el autor de este acto de reparar el perjuicio causado. Es preciso que el acto exceda del derecho de aquel que es su autor.⁵³

Esta postura, entre otras destacadas del realismo de principios del siglo XX (Durkheim, Weber, Parsons, por citar algunos), consiguieron que las disposiciones del derecho privado en México, se ajustaran a la realidad que nuestro país enfrenta prácticamente desde que alcanzó su independencia, con un enfoque más profundo en el papel de sus integrantes dentro de la sociedad y necesidad por parte del Estado de proteger sus derechos, por ser éstos concebidos más allá de entes individuales.

Años después, esta nueva ola ideológica se fue amalgamando en las disposiciones del derecho privado. Así, la regulación establecida para la elaboración de la pena convencional inspirada por la legislación napoleónica, quedó robustecida y mejor definida con la entrada en vigor de un nuevo código civil creado en 1928. La Comisión Redactora del código civil vigente—ante la tendencia social que prevalecía en las disposiciones de la reciente Carta Magna—quiso sustituir el código anterior por un nuevo código privado social "...derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad...la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes e ilustrados...que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra."⁵⁴

La medida y los criterios antes descritos servirán de base para un posterior análisis, junto con otras causas que dotan de mayor fuerza a la postura actual de

⁵³ Cfr. Duguit, León. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Editorial Edeval, Argentina, 1987, p..32-42

⁵⁴ Rivera Farber, Octavio. *La lesión en los contratos civiles*, en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, número 103, México, 1993, p.182.

esta regulación. Cabe destacar la similitud con la protección que en su momento se buscaban conseguir en la Edad Media, como se mencionó en capítulos anteriores.

Ahora bien, referente al resto de las entidades federativas, existe una similitud generalizada en la forma de regularla pena contractual, salvo muy pocas excepciones.

Además de la Ciudad de México, en los estados de Jalisco, Nuevo León, Guanajuato, Morelia, Sinaloa, Nayarit Campeche, Estado de México, Tamaulipas, Colima, Sonora, Zacatecas, Baja California, Durango, Veracruz, Baja California Sur, Morelos, Chihuahua, Yucatán, Guerrero, Hidalgo, Aguascalientes, Coahuila y Querétaro, se prevén de manera casi idéntica las mismas disposiciones, las cuales se encuentran reguladas dentro del capítulo denominado “de las cláusulas que pueden tener los contratos” en la regulación general en materia de obligaciones. En el caso de Tlaxcala, varía la redacción y dicha figura se encuentra un capítulo especial titulado “Pena convencional”, sin embargo la normatividad es la misma que en las entidades citadas.

En el estado de Puebla existe una variante en la sistematización y función de esta figura, destacando la permisón para que las partes puedan pactar la prohibición de pedir daños y perjuicios moratorios, lo que evidentemente contraviene los principios indemnizatorios:

Artículo 2018.

En el caso de cláusula penal, por no cumplimiento del contrato, son aplicables las siguientes disposiciones:

(...)

VIII. Salvo convenio en contrario, puede el acreedor pedir la indemnización de daños y perjuicios moratorios.⁵⁵

Por su parte, pareciera que el legislador de Quintana Roo, deliberadamente decidió eliminar el límite a la pena convencional, o bien se trata de un error en la redacción —debido a que el resto de los artículos son idénticos a la mayoría de los estados—, tal y como lo dispone el artículo 286:

⁵⁵ Código Civil de Puebla, 2017, art. 2018.

Artículo 286.-La cuantía de la pena puede exceder del monto de la obligación principal.

Por su parte, el artículo 1957 del Código Civil de Tabasco, en su segundo párrafo, elimina la restricción para renunciar al reclamo de daños y perjuicios por el simple hecho de haberse pactado la pena convencional, como ocurre con el resto de las entidades federativas:

Artículo 1957. Pueden los contratantes estipular ciertas prestaciones como pena por el incumplimiento del contrato. En este caso no habrá lugar a la reclamación por daños o perjuicios; pero al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido daños o perjuicios ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido daño o perjuicio alguno.

También puede estipularse una prestación adicional como pena, por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se preste de la manera convenida, sin que la pena pueda exceder del valor o de la cuantía de la obligación principal. Independientemente del derecho a la obligación principal, el acreedor podrá optar entre el pago de los daños y perjuicios moratorios o el pago de la pena, siendo aplicable la parte final del párrafo anterior.⁵⁶

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de rubro, *Pena convencional. No puede el acreedor optar entre su pago o el de los daños y perjuicios realmente causados*⁵⁷, presenta un criterio que tiene por objeto fungir como una directriz de manera general aplicable para todo el país, que relega y resta eficacia a las legislaciones diferentes, como los casos antes mencionados. Ante una oposición a la normatividad general ¿cuál sería el criterio del juzgador al tener que resolver sobre la aplicación de la facultad otorgada por la legislación local? Si partimos de la premisa de que a nivel nacional impera un conjunto de normas que observan en la cláusula penal una consecuencia del

⁵⁶ Código Civil Tabasco, 2014, art. 1957

⁵⁷ Tesis I.8o.C.225, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, marzo de 2002, p. 1405.

pacta sunt servanda, del cual debe estar regulado de manera tal que no implique un desequilibrio entre las posibilidades de los pactantes, lo cierto es que el aplicador del derecho podría estar más inclinado a restringir aquellas disposiciones estatales que contemplen una regulación diferente.

Asimismo, un aspecto relevante en la interpretación que el poder judicial ha realizado respecto a esta figura, es la facultad de declarar nula la parte de la pena que exceda la obligación principal, regulando con ello, la facultad del legislador para reducir dicha prestación accesoria (y no declarando la nulidad de toda la pena convencional), tal y como lo establece la tesis de rubro *Pena convencional excesiva. Solo es nula en la parte que excede el límite legal (artículo 1776 del código civil para el estado de Veracruz)*⁵⁸.

A simple vista parecería que en un principio existe una clara contravención a la facultad de las entidades federativas para legislar en esta materia. Como se ha visto, los criterios orientadores emitidos por nuestros tribunales de más alta jerarquía parecen tener la intención de unificar la regulación a partir del antecedente histórico que ha tenido la pena convencional, al menos en cuanto a los alcances tradicionales de ésta figura y bajo el control sobre la constitucionalidad que en el ámbito de sus facultades deben realizar (en este caso las judiciales), de acuerdo con lo previsto por el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sumado a lo anterior, y como se detallará más adelante, la nueva orientación hacia la protección de los derechos humanos abre la puerta para una hipótesis adicional de aplicación general en tratándose de esta cláusula además de las antes mencionadas.

De los casos anteriormente citados, podemos destacar que la mayoría de las entidades federativas siguen la misma línea para regular la cláusula penal establecida en el precedente dejado por el entonces Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, vigente hasta el año 2000, constante de doce artículos.

⁵⁸ Tesis: VII.2o.C.36 C. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XV-2, febrero de 1995, p. 439.

Empero, como se apuntó al inicio de este apartado, algunas entidades federativas intentaron regular u organizar de manera diferente su contenido, a fin de lograr una comprensión más amplia para la correcta aplicación de la norma, cuidando que la misma no implique el abuso de una de las partes por prácticas usureras.

Por su parte, algunas más obraron en dirección opuesta y optaron por eliminar las restricciones tradicionales. En algunos casos, quitaron el obstáculo más importante, es decir, la prohibición de que la pena convencional no rebase la obligación principal mediante la supresión de una palabra que, en contraste, vuelve complejo encontrar en el cuerpo normativo se vuelve la necesidad de implementar mecanismos para velar por el interés del legislador que le dio origen a dicha disposición: la protección ante el desequilibrio del fuerte frente al débil.

Lo mismo ocurre con dejar al arbitrio de las partes la posibilidad de pactar de manera anticipada que no podrán reclamarse los daños y perjuicios derivados del incumplimiento tardío de las obligaciones, pues aún y cuando se buscó la protección al gobernado antes enunciada, lo cierto es que atenta contra el principio de integridad reparadora, pues impide que aquel que sufra un daño o perjuicio ante el incumplimiento de un sujeto con quién existe un vínculo contractual, pueda restituir las cosas al estado en que se encontraban previo a la transgresión en la manera más óptima; hipótesis que contraviene lo dispuesto por el artículo 6° del Código Civil Federal (y sus correlativos en las distintas legislaciones), ya que la voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.

En otro orden de ideas, constituye un acierto que se establezca la prerrogativa de optar por el pago de la pena convencional o los daños y perjuicios, ya que si bien es cierto el pacto penal persigue diversas finalidades, lo cierto es que su imposición la priva de ser un auténtico protector del principio resarcitorio, como parece ser la intención del legislador de Tabasco.

Esta entidad no dejó de lado que la pena convencional se origina en la responsabilidad civil, misma que lleva inmersa como institución la protección equitativa de los particulares frente al incumplimiento de una obligación, con

independencia de la causa, sin que permita obtener un lucro por parte del acreedor, ya que en caso de que el gobernado optara por exigir la responsabilidad contractual, el legislador le impone la carga de la prueba para el caso de que afirme que la existencia de los daños y perjuicios rebasen la obligación principal.

Pese a la crítica que en su oportunidad citamos de Tapia Ramírez, en relación con la facultad de disminuir o aumentar el monto de la pena convencional por restarle sentido a su característica de convencionalidad, una vez implementada resulta necesario que esta permisión también la posea el deudor, cuando la pena resulte excesiva por sí misma, tal y como ya ocurre en los casos de advertir notoria usura, como se explica a continuación.

Capítulo 5. Los Derechos Humanos y la responsabilidad civil.

Hemos visto que la cláusula penal consagra dos principios que coexisten en su regulación que, sin excepción, se encuentra normada en todas las entidades federativas. Por un lado, busca preservar los objetivos de la responsabilidad civil, esto es, resarcir un daño o pagar una indemnización frente a la falta de cumplimiento de una conducta de dar, hacer o no hacer; y al mismo tiempo, busca mantener vigente el principio *supremo* en la contratación, es decir, la autonomía de la voluntad de las partes, de larga tradición histórica.

Uno de los mecanismos más importantes con los que cuenta esta convención, es la facultad del legislador para reducir la pena para el caso en que ésta resulte excesiva de la suerte principal, así como en el supuesto de que la obligación haya sido cumplida parcialmente; lo cual denota una intervención por parte del legislador ante la libertad contractual, en aras de mantener una relación jurídica equitativa entre los particulares.

Sin embargo, a este criterio se le sumaron toda una serie de cambios en la forma de entender las facultades de las autoridades judiciales para reducir el pacto sancionador. A principios de esta década, nuestro sistema jurídico ha experimentado avances importantes en la intervención de los órganos del Estado como un mecanismo para proteger los intereses primordiales de su población, quienes ahora se consideran como entes titulares de derechos humanos que las autoridades se ven obligadas a proteger, respetar, garantizar y promover.

La reforma en materia de derechos humanos del año 2011 fijó un nuevo paradigma en la aplicación del derecho en todas sus ramas. Dicho cambio comenzó a reflejarse desde su entrada en vigor —aunque lo hizo paulatinamente—, teniendo consecuencias jurídicas importantes en la resolución de controversias entre particulares, y de manera específica sobre el tema que nos ocupa.

En ese sentido, la contradicción de tesis 350/2013⁵⁹, que resuelve la controversia sobre la reducción de los intereses moratorios en los títulos de crédito, estableció un cambio importante en la forma de entender y aplicar la figura de la lesión, misma que se encontraba en desuso por su dificultad para hacerla valer ante los tribunales. Esta ha sido una de las decisiones que más aplicación ha traído desde la implementación en nuestro sistema jurídico (y como se verá en lo subsecuente, ha ido evolucionando hasta alcanzar a la pena convencional) y que nos ayudará a dilucidar si el criterio orientador de los derechos humanos puede servirnos para averiguar en qué medida puede resolverse la problemática que en el siguiente apartado se plantea con relación a la adecuada regulación de la pena convencional en concordancia con el principio de reparación integral.

5. 1 La regulación de la usura en los intereses moratorios.

A manera de antecedente inmediato de la contradicción de tesis en cita, vale la pena consultar la diversa tesis de rubro *Interés usurario en materia mercantil. Cuándo debe considerarse que existe y en qué momento procesal debe estudiarse*, emitida en el año 2012, el cual fue uno de los últimos criterios emitidos previo a la aplicación del principio de convencionalidad, y que en términos generales establecía que la reducción de la pena convencional debía invocarse a instancia de parte —en aplicación al principio de litis cerrada—, siendo únicamente era válido su estudio cuando se planteaba en la demanda o en la contestación dentro de un juicio civil.⁶⁰

⁵⁹ Tesis: VII.2o.C. J/12 , Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro 52, marzo de 2018, t. IV, p. 3311

⁶⁰ Tesis: J. 132/2012, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XVII, febrero de 2013, t.I, p. 714

Entrando en materia, la contradicción 350/2013 contiene la justificación que dio el intérprete de la ley para concluir que los intereses moratorios excesivos constituían una forma de usura que debía dar lugar a una reducción tomando en cuenta parámetros objetivos y subjetivos, debatiendo acerca de si su reducción debe hacerse a instancia de parte o *ex officio* por parte de la autoridad.

Ahora bien, los argumentos esgrimidos por la Primera Sala son destacables para entender las conclusiones a las que arribaron en la confrontación de los criterios contendientes por lo que se refiere al tema de la responsabilidad civil.

De manera previa al análisis de la contradicción propiamente dicha, la Primera Sala determinó que los intereses ordinarios y moratorios persiguen objetivos diversos. El primero busca obtener una ganancia lícita derivada de la celebración de un acuerdo de voluntades, mientras que el segundo busca cubrir los daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso en el incumplimiento de la obligación.

A su vez, refiere que la lesión fue creada para regular aquellos actos que buscan una ganancia excesiva, basándose en elementos objetivos y subjetivos (el exceso en la cuantía de la obligación y las circunstancias particulares de los intervinientes, respectivamente).

Por su parte, cita que de acuerdo con un sector de la doctrina, la usura se refiere al lucro excesivo que acontece en el contrato de mutuo, y ello aunado a las similitudes, hace que se considere como una forma de lesión.

Posteriormente, al responder a la interrogante: ¿cuándo se debe considerar usurario el interés en materia mercantil?, alude que debe contestarse señalando que habrá exceso cuando se hayan actualizado los requisitos objetivo-subjetivos establecidos para la lesión. Es entonces que se debe considerar usurario el *interés* pactado en una convención mercantil, cuando exista desproporción en el pacto de intereses a causa de la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de una de las partes; a la cual, por regla general, le competerán, a su elección, las acciones de nulidad y de reducción equitativa de las prestaciones (*cuanti minoris*). O bien, en los casos de la compraventa y permuta mercantil, se sustituyen las referidas acciones por la de daños y perjuicios,

respecto de la cual la persona legitimada pasivamente para su reclamo únicamente será la que haya causado la lesión.⁶¹

Aquí es importante hacer notar que, a pesar de que en un principio sí hace la distinción, una vez que hace la equiparación de la lesión con la usura, la Sala se olvida de tomar en cuenta que los intereses (ordinarios y moratorios) a que hace alusión no deben tomarse como si se trataran de uno solo.

Ello es así, ya que define a la usura como el *interés que se lleva por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo; este mismo contrato; interés excesivo en un préstamo; ganancia, fruto, utilidad o aumento que se saca de algo, especialmente cuando es excesivo*⁶².

En tales condiciones, el aplicador de las normas omitió distinguir que el exceso en el interés convencional u ordinario se refiere a la ganancia que busca obtener el acreedor con motivo de la prestación a la que se obliga (otorgar una suma de dinero a otro), mientras que en el interés moratorio, el exceso debe entenderse en la desproporción en el resarcimiento de los daños y perjuicios, en beneficio del acreedor, derivada del incumplimiento por parte del deudor.

Lo anterior quiere decir que, si bien es cierto, en ambos casos el exceso hace referencia a un incremento pecuniario calificado como ilícito que beneficia al mutuante, también lo es que en tratándose de los intereses, el exceso se determina por parámetros diferentes, pues en los ordinarios se definirá a partir de la ganancia que se pretende obtener el acreedor del importe de la obligación principal; a diferencia del segundo, ya que debe reputarse injusta si la cantidad obtenida es superior al detrimento patrimonial que realmente sufra el prestamista.

Por ello es incorrecto que se apliquen los mismos alcances para intereses ordinarios y moratorios, aún y cuando previamente se reconoció que existían diferencias.

⁶¹La exposición completa de la contradicción puede consultarse en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24237&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2002817>. Fecha de consulta: 25/06/2018, 13:30 h.

⁶² Ídem.

Al continuar con el análisis, centrándose en el tema del pagaré, ya no se respetó dicha diferencia, pues de las conclusiones se desprende que la usura es una forma de lesión, y que en el caso del pagaré operaba esta figura para la reducción de intereses.

Un argumento expuesto en su momento que dio justificación en el cambio del criterio para ajustar los intereses, fue el siguiente:

"Se determina que aunque la Sala ya se había pronunciado en la CT 204/2012 en el sentido de que el pacto de intereses en un pagaré mercantil, puede ser examinado y sancionado en cuanto a su ineficacia bajo la figura de la lesión civil y a través de la nulidad relativa o de la reducción equitativa de las prestaciones, se requiere de una nueva reflexión, pues se debe cuestionar si es que la interpretación sistemática del artículo 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con los artículos 2º y 81 del Código de Comercio, y 17 del Código Civil Federal, resulta apta para tener por satisfecho el imperativo constitucional derivado del contenido en el artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a que el artículo 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no debe permitir que una persona obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo."⁶³

El razonamiento antes expuesto perseguía la finalidad de adecuar la regulación de la sanción contractual con la prohibición de prácticas usureras y de explotación del hombre por el hombre prevista en el ordenamiento jurídico internacional.

El criterio que prevaleció como resultado de la confrontación de ambas tesis, fue la de rubro *Pagaré. Si el juzgador advierte que la tasa de intereses pactada con base en el artículo 174, párrafo segundo, de la ley general de títulos y*

⁶³Contradicción de tesis 350/2013, Primera Sala, Décima época, Semanario Judicial de la Federación, junio 2014, t.I, libro 7, p. 349: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25106&Clase=DetalleTesisEjecutorias>. Fecha de consulta: 26/06/2018, 15:33 h.

operaciones de crédito es notoriamente usuraria puede, de oficio, reducirla prudencialmente, mediante la cual se establecieron dos tipos de parámetros que de manera conjunta deben estudiarse para aplicar la reducción *ex officio* propuesta:

Elementos objetivos:

- a) El tipo de relación existente entre las partes;
- b) La calidad de los sujetos que intervienen en la suscripción del pagaré y si la actividad del acreedor se encuentra regulada;
- c) El destino o finalidad del crédito;
- d) El monto del crédito;
- e) El plazo del crédito;
- f) La existencia de garantías para el pago del crédito;
- g) Las tasas de interés de las instituciones bancarias para operaciones similares a las que se analizan, cuya apreciación únicamente constituye un parámetro de referencia;
- h) La variación del índice inflacionario nacional durante la vida real del adeudo;
- i) las condiciones del mercado; y,
- j) Otras cuestiones que generen convicción en el juzgador.⁶⁴

Lo anterior, sobre la base de que tales circunstancias puede apreciarlas el juzgador (solamente si de las constancias de actuaciones obra válidamente prueba de ellos) para aumentar o disminuir lo estricto de la calificación de una tasa como notoriamente excesiva; análisis que, además, debe complementarse con la evaluación del elemento subjetivo a partir de la apreciación sobre la existencia o no, de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja del deudor en relación con el acreedor.⁶⁵

Recordemos que los intereses moratorios son la herramienta creada por el juzgador para prefijar los daños y perjuicios que sufre el acreedor por el retardo en

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Tesis 47/2014, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, junio de 2014, p. 402.

el incumplimiento de una obligación de naturaleza pecuniaria. Por ello, dicho precedente resulta importante para analizarlo como una forma de regular la responsabilidad civil.

Bajo tal aseveración, los parámetros fijados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomando como referencia los estándares internacionales, tiene como propósito evitar que se actualice una "explotación del hombre por el hombre" que puede entenderse como el abuso de uno de los contratantes para extraer del otro un beneficio económico que le afecte severamente tomando como referencia su haber patrimonial.

Lo anterior se evidencia pues los factores que se analizan buscan clarificar la condición económica de las partes, incluso circunstancias sociales y el entorno financiero en el que se celebra el acto, a fin de que la afirmación "A le debe otorgar a B una cantidad X de dinero" se lleve a cabo en un entorno que resulte justo para ambas partes desde tal perspectiva: que A satisfaga las pretensiones del acreedor; que B no resulte severamente afectado con la entrega de X y que X no rebase el promedio de ganancias (o lucro) a nivel nacional.

No obstante, dicha medida busca proteger los intereses de ambas partes, desde el punto de vista del impacto económico de la prestación a cumplimentar, a partir de la autonomía de la libertad contractual, alejándose de observar si se cumple con la reparación del daño; deficiencia que ha estado presente desde la creación de los primeros criterios contendientes que dieron lugar a lo que eventualmente constituye la regulación actual, como quedó expuesto en los párrafos anteriores.

Como resultado de la tendencia que se ha originado a partir de los criterios mencionados, de manera más reciente nuestros tribunales de más alta jerarquía han interpretado que también debe operar la reducción de la pena cuando se observe lo usurero de dicho pacto:

PENA CONVENCIONAL CIVIL. LE SON APLICABLES LAS MISMAS REGLAS QUE OPERAN PARA LOS INTERESES MORATORIOS EN MATERIA MERCANTIL, CUANDO ÉSTOS SON USURARIOS.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado

criterio en el sentido de que toda autoridad jurisdiccional, en aras de salvaguardar los derechos humanos y evitar la explotación del hombre por el hombre, tiene obligación de emprender un estudio oficioso de los intereses pactados en materia mercantil, cuando advierta que son usurarios, con el objeto de ponderar prudencialmente su monto; sin embargo, la usura, entendida como la obtención en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro de un interés excesivo, no es un concepto exclusivo de la materia mercantil ni excluyente de la civil stricto sensu. Las figuras de interés moratorio mercantil y pena convencional civil guardan similitud entre sí, pues ambas derivan de un acuerdo convencional y tienen por objeto sancionar al deudor por el incumplimiento absoluto en la obligación a su cargo o por no haber cumplido en los términos pactados, es por ello que se consideran formas alternativas de determinar los daños y perjuicios que se generan por un mismo supuesto. En esas condiciones, ante dos instituciones jurídicas semejantes y respecto de una, la citada Primera Sala ha definido las medidas necesarias para inhibir la condición usuraria existente, es inconcuso que, para la otra, debe observarse la misma regla, partiendo del principio general de derecho de que donde hay la misma razón, obedece la misma disposición y, en consecuencia, por identidad jurídica sustancial aplicar a la pena convencional civil las reglas que la Sala mencionada de nuestro Máximo Tribunal ha emitido para el tema de los intereses moratorios en materia mercantil, cuando son usurarios.⁶⁶

Con esta nueva implementación judicial, aún y cuando menciona expresamente que la finalidad de la pena convencional es la misma que en el caso de los intereses (moratorios), persiste en la omisión que tuvo en los análisis anteriores, y si bien hace una correcta aplicación por analogía del precedente que ya es de observancia obligatoria, el mismo se utiliza basado en la premisa falsa de que los parámetros para la reducción de la usura son adecuados para aplicarse

⁶⁶ Tesis: XXVII.2o.3 C, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, noviembre de 2016, p. 2413.

ante una pena convencional excesiva, pero olvida que buscar reducir un monto para obtener una ganancia justa es diferente a buscar dicha reducción para obtener una indemnización *ad hoc* frente a un daño producido.

Esta decisión judicial no implica en sí misma que la finalidad de la responsabilidad civil no se cumpla, pues la víctima si está obteniendo un monto por indemnización (aunque es evidente que no bajo el principio de integridad reparadora), pero llama la atención que jamás se haya retomado la discusión sobre las bases que sirvieron a los antecedentes judiciales para regular las consecuencias de los intereses convencionales y moratorios, en donde inicialmente estaba claro que eran distintos, y posteriormente se hablara de ellos como si se trataran de uno solo.

Capítulo 6. Exposición de la problemática.

Visto lo anterior, nuestros códigos civiles no cuentan con una regulación para la cláusula penal que permitan al sujeto afectado obtener una reparación completa del daño en el supuesto de que ésta no resulte suficiente. La ley es tajante en señalar en la mayoría de los casos que no es posible recuperar la carga probatoria en los casos de que exista este pacto de por medio, estableciendo una renuncia expresa a la posibilidad del resarcimiento, justificada bajo el amparo del *pacta sunt servanda*.

Desde su origen, México no ha contado con una regulación en materia de responsabilidad que persiga propiamente un principio de integridad reparadora, no obstante se encuentre contemplado que ante el incumplimiento de una obligación, existe un compromiso del infractor para reparar los daños y perjuicios surgidos de manera directa a consecuencia de dicha omisión. Esto se debe a que se ha buscado mantener una coexistencia adecuada con la autonomía de las partes para la celebración de contratos, bajo la óptica de protección del *débil* (deudor) frente al *fuerte* (acreedor) en el acuerdo de voluntades como postura rectora.

Así, tanto la normatividad del último siglo como las disposiciones jurisprudenciales, se habían encaminado a proteger la figura de la pena convencional, en lo atinente a que el deudor no tuviera que pagar un monto mayor al que la ley permitía, esto es, que no rebasare a la obligación principal. Lo cual

representó una marginación por proteger los derechos del afectado, quién no gozaba de interpretaciones judiciales en su favor, por ser visto únicamente como *el acreedor*.

Cabe aclarar, no obstante, que ello no significa que el perjudicado carezca de alternativas para hacer valer el cumplimiento de la responsabilidad civil contractual, pues ciertamente la pena convencional cumple esa función, al igual que ocurre con el pago de intereses moratorios. A su vez, contamos con aquellos casos, de mayor provecho para obtener un beneficio más completo, en donde se puede pedir el cumplimiento de la obligación y al mismo tiempo el pago de la pena convencional fijado por el simple retardo de las obligaciones, algo muy frecuente en la práctica. Sin embargo, precisamente la intención de este trabajo consistió en demostrar que existe un verdadero desinterés por preservar el principio indemnizatorio, con un marcado antecedente histórico.

La entrada en vigor de las reformas en materia de derechos humanos abrió nuevamente la posibilidad de reflexionar sobre las deficiencias planteadas. Sin embargo, desde comienzos de esta década, los precedentes judiciales han estado encaminados introducir una figura novedosa en nuestro sistema jurídico (a partir de su regulación en instrumentos internacionales) y con ello prohibir las prácticas usureras, tomando como principal eje los intereses ordinarios y moratorios.

Empero, en la regulación de esta novedosa figura, se dejó de tomar en cuenta que cada interés tiene naturaleza y alcances distintos, alejándose nuevamente de los propósitos de la responsabilidad civil, concluyendo en que su debida valoración requiere revisar elementos objetivos y subjetivos por cuanto hace a la ganancia obtenida, un parámetro que resulta alejado de dicha institución. Esto ocasiona un problema de gran envergadura, pues no permite apreciar en su justa medida que un interés moratorio que rebase las directrices que los precedentes judiciales han marcado, no necesariamente es usurero, si éste busca que el infractor repare los daños y perjuicios ocasionados al titular del crédito.

Asimismo, las restricciones a la pena convencional marcadas por la ley imposibilitan al acreedor para obtener una reparación del daño superior a los

parámetros establecidos para el caso de usura, y teniendo como límite inquebrantable el *quantum* de la obligación principal.

Dicha restricción atenta contra el principio de igualdad que protege la responsabilidad civil, pues como se ha expuesto hay una serie de mecanismos que buscan proteger al deudor, bajo la presunción de que éste funge como la parte débil en la relación contractual. Sin embargo, cuando éste es quien deja de cumplir con los compromisos pactados en un contrato, los recursos con los que cuenta el acreedor para intentar recuperar las cosas al estado que tenían antes del incumplimiento (ni más ni menos de la afectación provocada), se ve seriamente reducido por un marco normativo que en nada le favorece.

En la actualidad la responsabilidad civil debe entenderse como una institución jurídica que debe gozar de una protección más amplia por estar reconocida como parte de un derecho más amplio: el derecho a una indemnización justa o una reparación integral. A pesar del entorno legal en el que se aplica en nuestro país, es importante no dejar de lado que la responsabilidad civil, por lo que respecta a la reparación del daño también cuenta con mecanismos internacionales para su protección como un derecho humano.

En ese sentido, el concepto de reparación integral encuentra una protección por los tratados internacionales, como se obtiene del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya regulación abarca la acreditación de daños en la esfera material e inmaterial:⁶⁷.

Artículo 63.1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

A través de la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

⁶⁷Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

se han reconocido daños más amplios que los que la perspectiva del derecho tradicional civil y de derecho común había desarrollado. En ese sentido, la Corte Interamericana desde una perspectiva integral de la persona humana, ha reconocido que con motivo de una violación a derechos humanos se pueden generar afectaciones en dos categorías principales, “material” e “inmaterial”. Dentro del carácter inmaterial, la Corte IDH ha reparado daños en la esfera *moral, psicológica, físicos, al proyecto de vida, y colectiva o social*. Mientras que el daño material incluye el *daño emergente, lucro cesante, daño al patrimonio familiar y reintegro de costas y gastos*.⁶⁸

Podemos decir, entonces, que si la reparación del daño patrimonial como un eje rector de las relaciones entre particulares—dejando de lado las conductas sancionadas por las leyes penales—, tiene un reconocimiento y una protección más amplia en el panorama internacional, que busca el pago de una *justa indemnización*, que en nuestra opinión abarca intentar restituir la situación anterior a la producción del daño, o en su defecto, pagar la indemnización de manera tal que no implique un lucro, y que implique la menor merma patrimonial al afectado, el cual no puede dejarse de observar en nuestras legislaciones locales. El término *justa indemnización*, se insiste, abarca este concepto, porque se enfoca más en el afectado que en el agresor, y porque su espectro abarca hasta la esfera extrapatrimonial, es decir, busca que sea lo más amplio posible a través de la reparación del daño moral.

No obstante, aún estamos lejos de encontrar una salida fácil al problema planteado, pues falta retomar cómo el principio de autonomía de la voluntad de las partes como parte total de los contratos, funge como la principal limitante a la responsabilidad civil al momento de delimitar los alcances de la pena convencional en nuestra legislación.

⁶⁸ Calderón Gamboa, José F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 160 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/11.pdf>. Fecha de consulta: 30/06/2018, 9:39 h.

Como preámbulo, recordemos que la implementación de este principio tiene su origen en los resultados de la Revolución Francesa, que buscó el reconocimiento de la libertad en la forma en que los ciudadanos se relacionaban, reflejándose primordialmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁶⁹.

Por ello un parámetro importante en las legislaciones que nacieron a la postre, y por consiguiente, aquellas en las que tuvo influencia en otros lugares, protegieron que los gobernados pudieran obtener consecuencias jurídicas derivadas de tantas conductas como pudieran imaginarse y celebrar un sin fin de actos para regular cualquier aspecto en el que tuviera cabida, así como las sanciones para el incumplimiento de una de las partes.

Expuesto lo anterior, cabe reflexionar: ¿este principio es tan importante como para que impere a pesar de la existencia de una responsabilidad de carácter civil? ¿o acaso es este último el que debe protegerse en estos casos frente a un conflicto entre sus respectivos alcances?

Debe decirse con justa razón que desde sus orígenes tanto la autonomía de la voluntad de las partes y la responsabilidad civil han coexistido, y al mismo tiempo, se han confrontado cuando coinciden en ciertas prerrogativas a los ciudadanos en las legislaciones civiles.

Un ejemplo notable lo encontramos en el caso de los intereses moratorios, que guarda similitud con la pena convencional en cuanto a los objetivos resarcitorios que persigue. Como se expuso anteriormente la legislación no permite que el caso de ambas prestaciones, en su exigencia no se pueda reclamar la existencia de perjuicios adicionales, aún y cuando éstos fueran plenamente acreditables. Disposición que, como vimos, tiene su origen en el código napoleónico, siendo Pothier uno de sus más importantes precursores.

Dicho autor escribió al respecto de la confrontación entre la responsabilidad civil y la autonomía contractual lo siguiente:

Hay otra peculiar (regla) cuando la demora del deudor recae sobre una

⁶⁹ Véase artículo 4^a: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás...”

obligación que consiste en dar una suma de dinero. Como los diferentes daños y perjuicios que del retardo en el cumplimiento de una obligación de esta especie pueden seguirse, varían hasta lo infinito; y como es tan difícil preverlos al tiempo del contrato como justificarlos después, ha sido preciso regularlos, y acudir a una especie de arbitramento, digámoslo así, para reducirlos a límites determinados. Así en efecto se ha hecho, circunscribiéndolos a los intereses legales que corren contra el deudor desde el instante mismo en que se haya constituida su tardanza hasta el de la solución. Estos intereses son el precio común que la ley ha prefijado a los provechos regulares que el acreedor habría podido sacar de la suma debida, si le hubiese sido pagada.⁷⁰

En consecuencia de esta especie de *arbitramento* del legislador, por más grandes que sean los perjuicios que ha sufrido el acreedor por la razón de la tardanza del deudor, ya de dolo o contumacia, no puede pedir más que los intereses señalados. Más en compensación puede pedirlos sin probar los perjuicios experimentados a causa de la demora.⁷¹

La postura anterior denota la decisión por la que finalmente se decantó el legislador, para “compensar” la restricción para reclamar daños y perjuicios superiores a los arrojados por los intereses, a cambio de liberar al acreedor para demostrar la existencia del lucro cesante.

De manera análoga encontramos en este argumento una razón sumamente válida (por la preservación a la equidad que conlleva), que justificaría de manera adicional, la limitación en el caso de la pena convencional para reclamar un perjuicio mayor al de la obligación principal.

No obstante, la relación entre la libertad contractual y la indemnización se quebrantó con el paso de los años, especialmente desde inicio del siglo XXI, al introducir la posibilidad de reducir la pena convencional ante la presencia de prácticas usureras detectadas por el juzgador, como se vio anteriormente.

Actualmente nuestro sistema jurídico ha adoptado una postura de

⁷⁰Pothier, Joseph, citado por Domínguez Águila, op. cit., p.22

⁷¹ibídem

proteccionismo en favor de aquellos deudores que están en un plano de desigualdad frente a los acreedores, quienes suelen utilizar penas convencionales abusivas, según lo afirman las opiniones judiciales y legislativas, pero como resultado aquellos acreedores que han sufrido un daño o perjuicio mayor al inicialmente pactado, se encuentran marginados de la protección de la ley, impidiendo se lleve a cabo la reparación del daño.

Hemos visto, además, que cada país pone una solución diferente ante la complejidad para permitir la libre contratación al tiempo que se garantiza una reparación del daño, y que en el caso nuestro, los argumentos de mayor peso para descalificar la posibilidad de exigir una responsabilidad civil superior a la pena convencional, recae en dos factores:

1) El límite de la cuantía busca evitar el uso de esta cláusula para que la parte fuerte abuse sobre la débil, en este caso, el deudor.

2) Permitir exigir una responsabilidad civil integral aun y cuando exista la pena convencional, haría que esta última pierda sus finalidad sancionadora, históricamente perseguida, y con ello su eficacia; atentando así con la autonomía de la libertad contractual.

Respecto del primer punto, mencionamos que se trata de una errónea apreciación, pues como se dijo al tratar el tema de la usura, los parámetros para obtener una ganancia son distintos a los de la reparación del daño; por lo que se deja de lado el interés legítimo del afectado, con independencia de si es la parte *fuerte* o *débil*, en el acuerdo de voluntades. De ahí que dicha restricción no contemple el daño que puede producirse con el incumplimiento del pacto.

Atinente al segundo punto, tenemos que dilucidar que el principal problema que se presenta es el conflicto entre la preservación de la autonomía de la libertad al contratar como justificación para impedir una reparación completa de los daños y perjuicios. Para comprobar si dicho predominio es justificado, podemos valernos del método de ponderación de derechos.

Robert Alexy nos proporciona una manera sencilla—no obstante las múltiples críticas que ha soportado por dicho aspecto—pero útil para determinar si en el caso que nos ocupa existe una solución ante la presencia de dos principios

que en determinados supuestos llegan a confrontarse, por tratarse ambos de derechos de particulares en situaciones contrarias, como lo es el principio de autonomía de la voluntad, frente al derecho a obtener una indemnización efectiva ante su coexistencia en la pena convencional.

El método de ponderación puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir, como segundo paso, la comprobación de la idoneidad del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro⁷².

La regulación actual de la cláusula penal por sí misma establece la conjunción de los dos principios mencionados, pero el grado de afectación mutua no es el mismo, lo cual nos permitirá estudiar el primer paso del método ponderativo.

Nada impide, por una parte, que en un contrato civil se pueda colocar esta cláusula; las limitaciones, por tanto, sólo van encaminadas a su cuantía. Como estableció el legislador del siglo XX en su exposición de motivos, la razón de esta limitación se encuentra en proteger la parte vulnerable en la contratación. La explicación a esta limitación, bajo la óptica de los defensores de esta norma, radica en que existe un principio superior que debe atenderse: el de igualdad de los gobernados, traducido en que los pactos entre las partes se celebren en condiciones igualmente favorecedoras.

Por lo que hace al derecho de la víctima a una reparación del daño integral, este principio, al igual que el anterior, también se ve limitado en su cuantía pero de una manera más gravosa.

Ello es así, ya que atendiendo a nuestra regulación, las partes pueden convenir una cantidad que no represente el daño real que el incumplimiento de la obligación implique (incluso por su simple retardo), y no existe ninguna alternativa

⁷² Alexy, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, p. 9, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>. Fecha de consulta: 5/07/2018, 10:04h.

legal que permita exigir un incremento de la pena convencional.

Aún y cuando el perjudicado acredite en juicio que los daños ocasionados por la falta de acatamiento del contrato rebasen la cuantía de la suerte principal, no puede reclamar una justa indemnización, pues la autoridad judicial negará su pretensión bajo el argumento de que las partes previamente contemplaron los daños y perjuicios que podían haber sufrido antes de que estos ocurrieran, lo que sin lugar a dudas marca una protección al principio de la libertad contractual, como lo marcan los precedente judiciales mencionados con antelación.

Y no obstante la condena no rebasara el importe de la obligación principal, pero sí los parámetros establecidos por nuestros tribunales de mayor jerarquía para las conductas usureras, ésta se verá reducida incluso si el deudor no hubiere invocado esta causa en juicio, pues las autoridades están obligadas a analizar y advertir cuando es notoria la presencia de la usura, a reducirla *ex officio*.

Como resultado, el perjuicio que sufre el principio de integridad reparadora al predominar la autonomía de la voluntad se traduce en la restricción que existe en la ley para obtener una indemnización completa cuando ésta excede el monto de la obligación principal o rebasa los parámetros establecidos para las conductas usureras.

Como ejemplo podemos citar el siguiente: un arrendador y su inquilino pactan por un plazo determinado el uso de un local, pactando una pena convencional que no excede de la suerte principal, esto es, el precio convenido para la renta, para el caso de que no se cumplan las obligaciones contraídas.

Previo a la fecha de entrega, el arrendador ha celebrado promesa de arrendar el local, mismo que al ser destinado para un giro comercial importante se prevé una renta altamente mayor a la contratada con el actuar arrendatario, imponiéndose cláusulas penales para el caso de incumplimiento de la promesa.

Llegada la fecha de terminación del primer contrato descrito, el inquilino se niega a entregar el inmueble, y la nueva contratación no se lleva a cabo. Motivo por el cual se actualizan dos consecuencias que afectan al arrendador:

- Debe pagar la cláusula penal del contrato de promesa (detrimento patrimonial).

- Se priva de pagar una renta que constituiría una ganancia importante mucho mayor que la pactada con el arrendatario anterior. (privación de ganancia lícita).

Hasta ahora hemos visto que en ambos casos, los derechos de libertad contractual e indemnización integral disponen de muchas alternativas para su cumplimiento en donde no necesariamente entran en conflicto, pero en ninguno de ellos se protegen estos principios en la forma en que lo hace la pena convencional, quedando de manifiesto que el derecho a una justa indemnización resulta el más restringido.

Por lo que respecta al segundo paso de la ponderación, hay que determinar si el principio que provoca la afectación es el más adecuado o idóneo para proteger los derechos y valores a los que se dirige.

La autonomía de la voluntad de las partes lleva en su naturaleza la protección a la libertad concebida como un derecho humano a que la sociedad pueda establecer acuerdos de naturaleza vinculante entre sus integrantes, obligándose a respetar los pactos contraídos (*pacta sunt servanda*), actuando dentro de los límites establecidos por el resto de las instituciones y principios que rigen un sistema jurídico, de manera que puedan coexistir en armonía. Dicho principio es, más allá de un simple pronunciamiento del derecho civil, un derecho protegido por nuestro máximo ordenamiento legal, como lo definió la tesis de rubro "*Autonomía de la voluntad, es un principio de rango constitucional*"⁷³

En ese sentido, el legislador establece en qué casos los gobernados pueden elegir el contenido de sus compromisos frente a otros individuos, ya sea mediante la permisión expresa, la restricción, o la máxima de que *lo que no está prohibido se entiende permitido*, es decir, que los particulares pueden hacer todo aquello que no se les prohíbe. Acorde a tal prerrogativa, el artículo 2117 del Código Civil prevé que la responsabilidad civil puede ser regulada por convenio entre las partes.

La importancia de la realización del principio de autonomía de la voluntad

⁷³ Tesis: CDXXV/2014, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, diciembre de 2014, p.. 219

se reconoce porque el mismo tiene su origen en un derecho intrínseco de las personas como lo es la libertad, y a su vez, en la trascendencia que tiene para el Derecho Civil que sus gobernados puedan convivir de manera armónica en sus relaciones cotidianas, especialmente importándole los actos jurídicos que celebran.

La facultad para que las partes puedan regular por su propia cuenta los daños y perjuicios de manera anticipada a que se actualicen, es relevante porque persigue la finalidad de no tener que comprobar su existencia ante el incumplimiento de una de las partes, mediante una cláusula que al mismo tiempo sirve como un apercibimiento para los contratantes, es más que evidente por los múltiples beneficios prácticos que de la cláusula penal se derivan.

En ese sentido, la cláusula penal es un mecanismo adecuado para proteger la autonomía de la voluntad de las partes y a su vez congruente con el derecho humano a la libertad, pues además se encuentra permitido por el legislador y como ha visto durante este trabajo, su aplicación se encuentra sujeta a los límites y restricciones que marca la ley.

Por su parte, el artículo 2104 de la legislación civil local es un mecanismo legal que protege lo que conocemos como responsabilidad civil contractual, y que tiene su respaldo en el derecho humano a una reparación integral, como lo definió la Primera Sala en el año 2012 mediante el criterio denominado *Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Concepto y alcance*⁷⁴, y que hace alusión a un derecho de toda persona que sufra un daño o perjuicio con motivo de la comisión de un hecho ilícito (sea civil, penal o de otra naturaleza).

La responsabilidad civil se encuentra normada en los artículos 2104 al 2118 del Código Civil, lo que en concordancia con el artículo 2117 permite concluir que es un medio idóneo para regular las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato tendiente a proteger a la víctima que sufre un detrimento patrimonial, con las respectivas críticas que respecto de su limitación

⁷⁴ Tesis: CXCIV/2012. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, septiembre de 2012, p. 502.

se han hecho.

En razón del marco normativo que rodea a ambas instituciones, debemos revisar si existen o no otras medidas que resulten igual de efectivas para preservar los derechos en conflicto, a fin de determinar el nivel de importancia en su aplicación.

Sobre el principio de libertad de contratación, la ley prevé mecanismos para regular diversos contratos de manera enunciativa, y por analogía aquellos que puedan surgir de la creatividad de los participantes o de la evolución de los acuerdos que presente una comunidad. Pero además, les permite manejar con autonomía los plazos para el cumplimiento, los términos y condiciones, la competencia por territorio, las garantías para su cumplimiento, las sanciones para su incumplimiento, así como los daños y perjuicios que puedan derivar de éste último, que en armonía con las restricciones que marca cada legislación, en su conjunto conforman esta importante institución.

Privar de la posibilidad de que los contratantes pacten los daños y perjuicios en un contrato conllevaría quitar el carácter sancionador de sus estipulaciones, debido a que la cláusula convencional cumple de manera conjunta con dos finalidades (reparadora y sancionadora), como se vio al principio de este trabajo.

No obsta lo anterior, que para proteger el principio de autonomía de la voluntad de las partes como corolario del derecho humano a la libertad, la normatividad en materia civil cuenta todavía con diversos mecanismos para preservar la independencia de los acuerdos de voluntades si prescindiera de la pena contractual—con la precisión importante de que se resta el elemento sancionador si se suprime una cláusula penal—mas no así por lo que respecta a la posibilidad de exigir la responsabilidad civil, ya que tal derecho seguiría subsistiendo.

Relativo a la importancia de la pena convencional como mecanismo para proteger la responsabilidad civil, no debemos olvidar que por su sola mención en el contrato, las partes renuncian implícitamente a la acción indemnizatoria. Por lo tanto, la regulación actual vuelve completamente necesaria la utilización de esta

convención para hacer valer un derecho resarcitorio, salvo algunas excepciones.

Como una alternativa para combatir una injusta indemnización plasmada por las partes en un contrato aún y cuando se pacte la cláusula penal, el Código Civil dispone que ésta puede ser nula (artículo 1841) aunque no refiere por qué causas. Una de ellas, sin embargo, la encontramos en la figura de la lesión, quedando sujeta al plazo de un año para hacerla valer y a los supuestos de suma ignorancia, notoria inexperiencia y extrema miseria a que se refiere su regulación. Lo que abre la posibilidad de poder acreditar los daños y perjuicios sufridos por el afectado, reducido al supuesto lesivo, aún en el supuesto de que no sea exigible dicha cláusula.

Por lo tanto, tenemos que por una parte, en la cláusula penal colisionan la libertad contractual frente a la justa indemnización por una responsabilidad civil contractual, sin embargo, la facultad de las partes para definir los términos de sus pactos se extiende de manera más amplia en cuanto a opciones que la ley le otorga, frente a los limitados recursos con los que cuenta el afectado que intenta hacer valer su derecho a ser indemnizado. En ese sentido, además de reiterar y acentuar la afectación a la que nos referimos en el primer paso, también se cuestiona que la pena convencional sea la medida más idónea para velar por la autonomía contractual.

Finalmente, el tercer paso de esta valoración consiste en responder a las interrogantes siguientes: ¿El respeto de la autonomía de la libertad contractual en la pena convencional justifica el daño mayúsculo que le provoca a la justa indemnización?, o bien, ¿En qué medida se justificaría que nuestro sistema jurídico proteja el derecho a un resarcimiento integral frente al principio de autonomía de la libertad para contratar, a diferencia de su condición actual?

El principal obstáculo que tiene la pena convencional, por lo que hace a la limitación de su propósito de ser una cláusula que las partes establecen libremente, son las restricciones que por su cuantía marca la ley y los criterios de reducción por usura. Sin embargo, este principio mantiene su vigencia al estar compuesto de diversas cláusulas que las partes pueden estipular de acuerdo con las facultades que el sistema jurídico les otorga para moldear las consecuencias

de sus convenciones.

Mientras que, esencialmente, la principal limitante de la responsabilidad civil en la pena convencional se halla en que implica una renuncia a exigir un derecho resarcitorio más amplio, al tiempo que el límite en su cuantía imposibilita el cobro de perjuicios, y siempre que rebase los criterios establecidos para las prácticas usureras, no importa si su *quantum* implica una justa reparación, éste se verá obligado a reducirse, incluso de manera oficiosa por la autoridad.

Ciertamente, el conflicto de los principios mencionados es de difícil conciliación entre los juzgadores en la actualidad, principalmente por la aplicación del principio de interpretación más favorable a los derechos humanos. Se recoge la opinión de Mario Pardo Rebolledo, quien—parafraseándolo—sostiene que como juzgador la tarea de ejercer un adecuado ejercicio del principio pro homine se vuelve problemática cuando se tiene una controversia entre particulares, ya que visto desde perspectivas opuestas, cada uno tiene motivos fundados para increpar a las autoridades a ejercer un adecuado control de convencionalidad que desemboque en una resolución favorable a sus intereses.⁷⁵

La protección de un derecho humano constitucional o convencionalmente reconocido, no debe hacerse a costa de derechos humanos con el mismo grado de protección, y en ese sentido estima el autor que la inaplicación de una norma establecida para regir la situación jurídica en disputa, por razones ajenas a las estrictas pretensiones de las partes, puede dar por resultado un trato violatorio de derechos humanos.⁷⁶

En razón de esta reflexión, no puede ejercitarse una adecuada ponderación sin analizar cuidadosamente los posibles daños de los derechos humanos que

⁷⁵ Cfr. Pardo Rebolledo, Mario Pardo. *Control de Convencionalidad y principio pro homine en la teoría y en la práctica*, Conferencia dictada en la Barra Mexicana Colegio de Abogados, el 26 de junio de 2015, [youtube.com/watch?v=nvDLiO_Z8pU](https://www.youtube.com/watch?v=nvDLiO_Z8pU). Fecha de consulta: 10/04/2018,13:50 h.

⁷⁶ Andrade Sánchez, Eduardo. *La protección de Derechos Humanos en los conflictos entre particulares*, revistajuridica.com/la-proteccion-de-derechos-humanos-en-los-conflictos-entre-particulares.

están en juego, como hemos intentado realizar en este apartado.

Para llegar a una sana respuesta, podemos remitirnos a nuestro Código Civil, que en artículo 20 contiene una regla básica para entender los principios fundamentales que el legislador pretendió resguardar (y que extrañamente no es muy común observar su aplicación), consistente en que ante la presencia de afectaciones en ambos principios, la ley sustantiva establece como pauta para la interpretación de las normas en conflicto, inclinarse a la protección de la parte que recibe una afectación frente a quien pretende obtener una ganancia:

Artículo 20. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

Parece pertinente la aplicación de este artículo para dar claridad a nuestra problemática, debido a que su uso conlleva un análisis del contexto de la colisión de ambos principios, orientado a buscar la protección auténtica y objetiva a la igualdad entre los gobernados, uno de los principios esenciales del Derecho.

Acorde a tal disposición, resulta claro que si la responsabilidad civil busca reparar los daños y perjuicios que sufre un particular, se trata de un conjunto de normas que busca evitar una afectación, y no obtener un lucro como se ha interpretado de manera equívoca al abordar en criterios recientes este tema.

Contrario a lo que ocurriría con la preponderancia de la autonomía de la libertad de las partes en la cláusula penal, ya que si se pacta, por ejemplo, un monto mínimo como sanción al incumplimiento, esto puede entenderse como un lucro que obtendría el infractor al no tener que cubrir la cantidad que en derecho debería pagar cuando deje de cumplir con sus obligaciones.

Ahora bien, para robustecer la importancia que tiene el principio de reparación integral dentro de este ejercicio ponderativo, cabe añadir que por sus características, es susceptible de considerarse como un conjunto de normas de orden público, y que, como lo apunta el Doctor Domínguez y Martínez, deben prevalecer por encima de la autonomía de la voluntad de las partes:

“Por orden público entendemos el conjunto de principios, normas y disposiciones legales que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder éstos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, y hacer así prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares”.⁷⁷

En ese tenor, más que imponerse sin justificación como un límite a su ejercicio, la existencia de una mayor afectación a la autonomía contractual explica *per se* la importancia que tiene que un Estado de Derecho vele por la protección de la reparación de los daños que sufren sus gobernados como una prioridad en un sistema jurídico, reconociendo de manera adecuada su naturaleza a través de sus antecedentes, y que sus objetivos queden protegidos mediante las diversas herramientas que contemplan sus leyes, sin confundirlas con otras de distinta finalidad. Así las cosas, el derecho a la libertad de contratación debe terminar cuando empieza el derecho a recibir una indemnización justa.

La protección a la responsabilidad civil contempla un espectro más amplio de derechos a favor de los gobernados: la existencia de daños y perjuicios implica una afectación injusta al derecho a la propiedad privada, en donde la víctima, como integrante de una sociedad, tiene derecho a restaurar en la medida de lo posible su situación previa a tal circunstancia, como una obligación del Estado de garantizar el bienestar de sus habitantes, respetando además su dignidad, pues privarle de la oportunidad de obtener una indemnización por el sólo hecho de haber estipulado una cláusula penal es colocarlo en una situación de desigualdad frente a aquellas personas que no hacen este tipo de pactos.

Capítulo 7. Propuesta de modificaciones.

Una vez que se ha determinado la trascendencia que tiene en nuestro sistema jurídico, la mayor interrogante que surge consiste en determinar qué medidas se pueden adoptar para solucionar la problemática aquí expuesta.

⁷⁷ Domínguez y Martínez, Jorge Alfredo, *Orden público y autonomía de la libertad*, p. 83, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/9.pdf>. Fecha de consulta 12/07/2018, 11:11 h.

Al momento de exponer los grados de afectación que tienen las restricciones a la pena convencional, quedaron evidenciados los tres principales obstáculos para la óptima protección del principio de reparación integradora aplicado a la pena convencional:

Con relación a la restricción para reclamar daños y perjuicios cuando se pactó pena convencional, ésta es la afectación más trascendente a la responsabilidad civil subjetiva, pues la preservación del principio de autonomía atenta gravemente en contra de la indemnización de la víctima, ya que puede darse el caso de que la pena sea tan mínima que resulte en un abuso por parte del deudor, sin que existan facultades judiciales para actuar en consecuencia, salvo en el caso de la lesión. No obstante, dicha alternativa no es suficiente porque deja en estado de indefensión al resto de la población agraviada.

La primera alternativa para solucionar este problema consistiría en quitar esta restricción del Código Civil y en su lugar permitir que el afectado pueda acreditar que sufrió daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual aún y cuando exista esta convención, como se encuentra regulado en el estado de Tabasco. Empero, no debemos perder de vista que la pena convencional persigue múltiples finalidades, entre las que se encuentra relevar de la carga de la prueba a las partes, misma en la que la doctrina y la práctica coinciden, es un aspecto difícil de acreditar en una contienda judicial, y que principalmente incidiría en una desventaja para el afectado, quien tiene la carga de acreditar los extremos de sus pretensiones.

Asimismo, parece que ésta solución acarrea la necesidad de modificar disposiciones de carácter adjetivo, dada la incertidumbre que conlleva:

Ciertamente renacería la carga probatoria que históricamente se buscó eliminar con la creación de esta figura. Y en ese sentido, el elemento controvertido en un juicio en donde se reclame el incumplimiento de obligaciones contractuales sería —de manera accesoria— la demostración de la existencia de las consecuencias negativas provocadas por la falta de cumplimiento.

Así, por equidad procesal, si el actor ejercita su acción para reclamar que sufrió daños superiores a los pactados en el contrato, el demandado podrá alegar

en su defensa que estos son iguales o inferiores a la cantidad prefijada por ellos, por lo que el momento procesal para acreditar este concepto se realizará durante la fase de instrucción, y no hasta la ejecución de sentencia, como lo establecía un precedente judicial anterior.⁷⁸

Finalmente, aquél que logre demostrar de manera contundente que el monto de los daños y perjuicios, es inferior o rebasa la cantidad pactada como pena convencional, será quién obtenga una resolución que le favorezca.

¿Qué ocurriría en el caso de que ninguna de las partes, a criterio del juez logre acreditar el monto de los daños? ¿Será válido condenar al cumplimiento de la pena convencional pactada originalmente, o bien, la sola manifestación de que la cláusula no refleja los daños causados implicará una renuncia implícita?

No debemos perder de vista que la responsabilidad civil busca restituir al afectado en su esfera jurídica. Por lo tanto, una postura que parta por esta premisa defenderá la idea de un acceso al pago de la pena convencional, para el caso de no lograr acreditarse los daños o perjuicios de manera fehaciente en la instancia principal; en aras de otorgar una protección al afectado, aún y cuando exista una incertidumbre sobre la existencia de daños y perjuicios. No obstante, debe tomarse en consideración que la afectación al acreedor se presume principalmente en el incumplimiento de obligaciones pecuniarias, y por ello, resultaría injusto privarle de cualquier cantidad que pudiera recuperar a consecuencia de la omisión del deudor.⁷⁹.

Un recurso con mayor idoneidad podría ser la anulación de la pena a través de la lesión; pero como se dijo en otro apartado, al igual que con la usura, queda sujeto a los plazos de prescripción que restan eficacia a esta solución, lo que sería enmendable si dada la trascendencia que actualmente tiene esta disposición, se

⁷⁸Tesis: LXV/2017, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, junio de 2017, t. I, p. 578.

⁷⁹Como se analizó anteriormente, el código civil prevé como consecuencia para el simple retardo el establecimiento de intereses moratorios, mediante una tasa legal o convencional, la cual sirve para restituir al acreedor de los daños y perjuicios ocasionados por el retardo en la conducta del deudor.

reconsideran los plazos para su ejercicio, ya que el mismo carece de una auténtica justificación.

Con independencia de lo anterior, lo cierto es que no se ve tan frecuentemente un contrato con cláusulas abusivas en contra del acreedor, la realidad jurídica es muy variada, y permite apreciar infinidad de resultados, pues no me parece tan acertado que nos limitemos a pensar que en un contrato interviene siempre un acreedor “fuerte” frente a un deudor “débil”, más aún, teniendo en cuenta que la cantidad de préstamos informales—tan solo por poner un ejemplo—ocupa cifras importantes en nuestro país⁸⁰.

Por lo tanto, aquellas circunstancias en donde el acreedor sufre afectaciones mayores a la pena convencional que contrajo inicialmente y reasume la carga probatoria, debe ser protegida, por lo que la ley no debería prohibirle hacer efectivo su derecho humano a una indemnización integral,

Respecto de que la cuantía de la pena convencional no debe rebasar a la suerte principal, lo cierto es que estamos ante un supuesto que podría calificarse como excepcional (cabe precisar que en el caso de los intereses moratorios las probabilidades de que éstas válidamente puedan exceder la prestación principal son casi inexistentes), debido a que el daño especialmente en obligaciones pecuniarias difícilmente rebasa esta cantidad. Pero esto no es así cuando existen además de daños, perjuicios que haya sufrido el acreedor, los cuales en suma pueden fácilmente rebasar el monto de la prestación materia del contrato.

Ante dicha restricción recordemos que en el caso de legislaciones como las europeas citadas al principio de este trabajo, tomaron como una solución a este conflicto la posibilidad de acreditar daños y perjuicios para obtener una indemnización superior a la fijada por la ley.

Nuestra legislación parece no haberse decidido a lo largo de su historia por

⁸⁰Juárez, Edgar. En México, 54 millones de adultos no tienen crédito formal, Diario El Economista, México, 19 de junio de 2016, versión electrónica <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/En-Mexico-54-millones-de-adultos-no-tienen-credito-formal-20160619-0077.html>. Fecha de consulta: 07/08/2018, 14:49 h.

tomar una postura fija en cuanto a este tema. Además de la diversidad de criterios que existen respecto a este tema, en conjunto con las disposiciones locales, los cuales llegan a evidenciar importantes contradicciones, destacamos que previo a la implementación de los criterios que resolvieron la reducción de los intereses por la existencia de conductas usureras (y que después se extendió a la pena convencional) existía un criterio judicial⁸¹ el cual establecía que una indemnización no es justa cuando se le limita con topes o tarifas, cuando en lugar de ser el juez quien la cuantifique con base en criterios de razonabilidad, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y su realidad. Sólo el juez, que conoce las particularidades del caso, puede cuantificar la indemnización con justicia y equidad.

Lo que sería adecuado retomar para aquellos casos en los que no es posible acreditar los daños y perjuicios, de igual forma que en el caso de la usura. El legislador debería advertir dicha circunstancia *ex officio* y modificarla definiendo parámetros que permitan acercarse más a la realidad que el juzgador tiene ante sus ojos.

Por cuanto hace a la restricción cuando la cuantía rebase los parámetros de la usura, hay que tomar en consideración que determinar el grado de afectación en términos del daño patrimonial que se genera sería difícil pues depende de cada caso en particular, no obstante ello, si resulta una grave afectación por lo que se refiere a la forma en la que está regulada, pues los parámetros establecidos para reducir la pena convencional parten de presupuestos que no son congruentes ni aplicables en su totalidad con los propósitos del principio indemnizatorio.

Una solución que beneficiaría a nuestro sistema jurídico, sin duda sería someter a una nueva reflexión los parámetros que en su momento se discutieron para implementar la aplicación de la prohibición a las prácticas usureras, conforme al control de convencionalidad que es de observancia obligatoria en términos de lo establecido por nuestra Carta Magna, lo que a su vez conlleva modificaciones a las instituciones que le sirven de apoyo—como en el caso de la lesión—y los

⁸¹Tesis: CXCV/2012, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, septiembre de 2012, p. 502.

mecanismos procesales para hacer efectivo el ejercicio de este derecho.

Lo anterior nos otorgaría un poco más de claridad sobre los obstáculos que por sí mismos enfrentan los particulares en la solución de controversias al encontrarse con una norma que restringe un derecho humano, como en este caso lo es el de equidad.

Incluso sería necesario ir más atrás, y reconsiderar las causas que se tomaron en cuenta para optar por las restricciones que establece la mayoría de los códigos civiles del país, ya que es evidente el abandono que ha tenido esta figura. No existe una solución fácil, y ello se debe a que desde su propia constitución la pena convencional entraña dos principios igual de importantes y cuyo propósito para resguardar a ambos parece ser demasiado ambicioso.

Este trabajo pretendió que la búsqueda de soluciones al problema planteado (si bien puede ser un objetivo bastante ambicioso), no implique la vulneración de otros derechos humanos. Es decir, se propone, primero concientizar al lector sobre la importancia y necesidad de reflexionar sobre la responsabilidad civil, y en un plano secundario llegar a la solución que persiga cuidar el principio de indemnización resarcitoria, en la medida que permita a las partes evitar más perjuicios que beneficios, en aras de mantener vigente el derecho humano de igualdad.

Conclusiones

Esta investigación comenzó con la hipótesis de que existía en nuestro código civil un conjunto de disposiciones que regulaban la pena convencional de manera tal que su ejercicio implicaba una afectación a la responsabilidad civil patrimonial en su ámbito subjetivo.

Hemos demostrado que, en efecto, el derecho a ser indemnizado de manera justa y completa se encuentra vedado por una preferencia para proteger la libertad de las partes para definir de manera anticipada los daños y perjuicios que consideran pudieran ocasionarse con motivo de la falta de cumplimiento de sus obligaciones en el acuerdo de voluntades.

Esto pudo comprobarse haciendo un estudio de la responsabilidad civil en conjunto con la pena convencional, para resolver, con base en sus orígenes, los

finés que persiguen ambas figuras, dilucidando que desde su creación, la cláusula penal tuvo la intención de juntar dos principios fundamentales para sus gobernados: la autonomía de la libertad de las partes y el derecho a una indemnización reparadora.

Asimismo, nos encontramos con que la armonización de ambas figuras no ha resultado sencilla para los diferentes países en los que se implementa esta figura, inclinándose inevitablemente por alguno de los dos principios mencionados, lo que conlleva a que uno de ellos se aplique en menor medida.

En el caso de México, destaca que el legislador se valió del Código Napoleónico como principal influencia, y conservó las limitaciones que dicho cuerpo normativo establecía respecto de la cuantía que podía alcanzar la pena convencional, basado en el argumento de que se buscaba proteger a la parte débil de la relación contractual—en este caso el deudor—frente al acreedor, el cual contaba con poderío económico y que estaba motivado a plasmar cláusulas penales abusivas con una clara ventaja respecto de su contrario.

También encontramos la valiosa opinión por parte de la doctrina, en donde exploramos las características principales de la pena convencional y se llegó a afirmar que los límites impuestos a este pacto le otorgan eficacia al propósito sancionador que históricamente ha perseguido. Lo que se corroboró con el estudio exhaustivo de todas las legislaciones estatales que regulan a este elemento contractual.

Por otra parte, derivado del estudio que realizamos de los criterios emitidos por nuestras autoridades judiciales, encontramos que además del descuido que se ha tenido por proteger el interés resarcitorio del afectado en el incumplimiento de las obligaciones convencionales—principalmente porque se han olvidado del derecho a exigir perjuicios y daños severos que rebasan a la obligación principal—existen parámetros nuevos para disminuir el monto de la pena convencional basados en la prohibición de prácticas usureras, los cuales, pudimos comprobar, son erróneos cuando se trata de esta pena. Error que recae principalmente en que el intérprete de la ley omitió recordar que los intereses ordinarios y moratorios (figura que motivó la analogía aplicada para la cláusula penal) son distintos en

cuanto a sus finalidades, siendo erróneo que ambos persigan fines lucrativos, ya que la sanción por la mora en el pago busca resarcir los daños y perjuicios generados.

Sentadas estas bases, podemos afirmar que la aplicación del marco normativo actual en torno a la pena convencional leja más la búsqueda por alcanzar los propósitos resarcitorios, y deja de lado los orígenes y alcances de esta importante figura, el cual deriva en una afectación del derecho humano a una justa reparación del daño.

Haciendo un ejercicio ponderativo, analizando la idoneidad, importancia y grado de afectación de los principios de autonomía de la voluntad de las partes y el derecho humano a una indemnización integral que concurren con la implementación de la pena contractual, se puede afirmar válidamente que por tener fines más amplios dada la naturaleza de su institución, debe limitarse la libertad convencional en aras de cuidar la responsabilidad civil subjetiva, lo cual es imposible de llevar a cabo con nuestra actual normatividad.

Con el objeto de proteger los objetivos de la responsabilidad civil, o bien del principio resarcitorio, se considera necesaria la práctica de medidas que tiendan a restituir la esfera jurídica del afectado frente a un incumplimiento contractual, sin que ello implique una práctica usurera o trasgresión a los derechos esenciales del deudor, con los respectivos ajustes que en materia procesal deban realizarse.

Si bien es cierto, la responsabilidad civil contractual subjetiva no se encuentra contemplada de manera expresa como una institución de orden público, lo cierto es que cuenta con dichas características porque tiene como finalidad satisfacer una demanda social y acorde con nuestra realidad nacional, misma que—con las limitaciones apuntadas—fue reconocida y plasmada por el legislador desde la creación de esta figura, y por ende, debería ser nuevamente valorada por los órganos judiciales y legislativos, ya que de esa manera su protección podría ser más efectiva, al contar con más herramientas para hacerla efectiva. Sin embargo, hacer modificaciones a su estructura implicaría desnaturalizar a la penalidad contractual, y con ello la utilidad que ha aportado para resolver conflictos sobre su incumplimiento sin la carga adicional de demostrar la existencia

de afectaciones presentes y futuras en el patrimonio del acreedor.

Desde luego no es la intención de este trabajo fijar posturas arbitrarias o imponer verdades absolutas sobre el tema. Principalmente considero se cumplió con el objetivo de poner sobre la mesa las actuales dificultades para exigir el pago de una responsabilidad civil contractual, misma que se ha dejado de lado principalmente porque la pena convencional se inclina más a proteger la libertad de contratación en el acuerdo de voluntades, dejando en un plano secundario el principio de integridad reparadora; y por otra parte, que la protección frente a esta figura se ha enfocado en la protección al deudor, omitiendo la importancia que tiene para nuestro sistema jurídico tomar en cuenta los daños patrimoniales ocasionados al afectado, esperando que este trabajo pueda servir como punto de partida para reflexiones posteriores más profundas y críticas.

Bibliografía

- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21ª edición, México, Porrúa, 2016.
- DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Séptima Edición, México, Porrúa, 2005.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Editorial Edeval, Argentina, 1987, p..32-42
- HUBER OLEA, Francisco José. *Diccionario de Derecho Romano*, segunda edición, México, Porrúa, 2007.
- TAPIA RAMÍREZ, JAVIER, *Derecho de Obligaciones*. México, Porrúa, 2005.
- LARRAÑAGA, Pablo. *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2004.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, México, Porrúa, 1997, t. VI.
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 3ª edición, México, Porrúa, 1995.
- PLANIOL Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, traducción de José M. Cajica, México, Cárdenas editor, 1981, t. IV.
- RIVERA FARBER, Octavio. *La lesión en los contratos civiles*, en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, número 103, México, 1993, p.182.
- TRABUCCI, Alberto. *Instituciones de derecho civil, parte II. Obligaciones y Contratos*. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada. España, Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1967.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. *Teoría General de las obligaciones*, México, Mc Graw Hill, 2007.

Fuentes electrónicas

- ALDI, Antonio Jacob, "Notas actuales sobre derecho de daños", *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, 2003, Mayo-Agosto, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13396/12659>
- ALEMÁN LÓPEZ, Carlos, *La cláusula penal, que pena merescen aquellos que non guardan las promisiones que fazen*, España, Universidad de Almería, 2014

- <https://goo.gl/hEBwVo>.
- ALEXY, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- AMO, Ángel, *Memoria litúrgica de San Raimundo de Peñafort* <http://es.catholic.net/op/articulos/31779/raimundo-de-peafort-santo.html>
- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *La protección de Derechos Humanos en los conflictos entre particulares*, revistajuridica.com/la-proteccion-de-derechos-humanos-en-los-conflictos-entre-particulares.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria*, Anuario de Derecho Civil, España, 2009, t. LXII, fasc. I, <https://goo.gl/RyqTDn>.
- CALDERÓN GAMBOA, José F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, México, IJ-UNAM, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/11.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, https://oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- CRUZ MEJÍA, Andrés. *La responsabilidad civil en el Código Napoleón. Las bases de su estructura orgánica*, Revista de Derecho Privado, Número 11, Mayo - Agosto, año 2005, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr2.htm>
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Los límites al principio de reparación integral", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Chile, 2010, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4110213.pdf>.
- DOMÍNGUEZ Y MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Orden público y autonomía de la libertad*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/9.pdf>
- GARNICA MARTÍN, Juan F., "La prueba del lucro cesante", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/lucroCesante.pdf>

MEDINA CRESPO, Mariano. La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada
<http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina402.pdf?phpMyAdmin=7b55e1d0ad7cdadda92b409248219bba>

PARDO REBOLLEDO, Mario Pardo. *Control de Convencionalidad y principio pro homine en la teoría y en la práctica*, Conferencia dictada en la Barra Mexicana Colegio de Abogados, el 26 de junio de 2015,
https://youtube.com/watch?v=nvDLiO_Z8pU

ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Usura. Libre convención de intereses entre las partes*, <https://arturozaldivar.com/node/207>

Legislación y jurisprudencia

Código Civil de Puebla, 2017,

Código Civil Tabasco, 2014,

Tesis 47/2014, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, junio de 2014, Pág. 402

Tesis I.8o.C.225, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, marzo de 2002, p. 1405.

Tesis III.2o.C.35 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 28, Marzo de 2016, Pág. 1753

Tesis número I.3o.C.303 C, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, enero de 2018, t. IV, p. 2193.

Tesis: CDXXV/2014, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, diciembre de 2014, p.. 219

Tesis: CXCIV/2012, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, septiembre de 2012, p. 502.

Tesis: CXCIV/2012. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, septiembre de 2012, p. 502.

Tesis: J. 47/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, décima época, junio de 2014, t. I, p. 402.

- Tesis: LXV/2017, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, junio de 2017, t. I, p. 578.
- Tesis: VII.2o.C. J/12 , Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro 52, marzo de 2018, t. IV, p. 3311
- Tesis: VII.2o.C.36 C. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XV-2, febrero de 1995, p. 439.
- Tesis: XI.1o.A.T.2 K, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, septiembre de 2012, p. 1723.
- Tesis: XXVII.2o.3 C, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, noviembre de 2016, p. 2413.
- Tesis: 132/2012, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XVII, febrero de 2013, t.I, p. 714