UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE NICARAGUA

UNAN – LEON

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

MONOGRAFIA PARA OPTAR AL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO

TEMA:

EFICACIA DE LA CLAUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS CIVILES DE LA LEGISLACION DE NICARAGUA

Presentada por:

- Br. Lindbergh Martínez Legall
- Br. Daniel Salieron Zapata
- Br. Johanna Benedith Santana

TUTOR:

Msc. *Luis Mayorga Sirera*

INDICE

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA.

INTRODUCCIÓN……..Pág. 3

CAPITULO I
Aspectos generales de la Cláusula Penal.

I.1 ORIGEN……..…….Pág. 5

I.2 CONCEPTO……Pág. 6

I.3 NATURALEZA JURÍDICA.....Pág.9

I.4 FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL……..Pág.10

Función Compulsiva……...Pág. 11

Función Indemnizatoria...……...Pág.12

Función Resolutoria…….……Pág.14

I.5 CLASIFICACIÓN……....Pág.15

I.6 CARACTERISTICAS…….Pág.16

I.7 BENEFICIOS DE LA CLAUSULA PENAL…….Pág.19

I.8 INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL……..Pág.21

La Teoría de la inmutabilidad en el derecho Francés…… Pág.21

Reducción Judicial (Derecho Alemán)……Pág.22

Limitación Legal (Derecho Brasilero)……..Pág.22

CAPITULO II

II.1 COMPARACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS……....Pág.24

Con las Obligaciones Alternativas……Pág.24

Con las Facultativas……Pág.25

Con las Obligaciones Condicionales……Pág.26

Con las Arras……Pág.27

II.2 TIEMPO FORMA Y MODALIDAD DE LAS OBLIGACIONES…….….Pág.27

II.3 FUENTE DE LA OBLIGACIÓN PENAL…….Pág.28

II.4 EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL……....Pág.29

Cláusula Penal Compensatoria…….Pág.29

Cláusula Penal Moratoria……...Pág.30

II.5 SUJETOS Y OBJETO DE LA PENA…….Pág.31

II.6 INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CUANDO EXISTE PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS……..Pág.33

II.7 RENUNCIA DE LA CLÁUSULA PENAL……..Pág.35

II.8 REBAJA DE LA PENA, CUANDO HAY CUMPLIMIENTO PARCIAL……...Pág.35

II.9 EXTINCIÓN DE LA PENA…….....Pág.36

CAPITULO III

CLÁUSULA PENAL ABUSIVA……..Pág.37

III.1 DEFINICIÓN…….Pág.38

III.2 DETERMINACION DE LA CLÁUSULAS ABUSIVAS…...Pág.42

III.3 REDUCCIÓN DE CLÁUSULA PENAL ABUSIVAS……. Pág.43

CAPITULO IV.

IV. 1 EFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL……...Pág.45

IV.2 PROPAGACION DE LA INEFICACIA…….....Pág.49

IV.3 SITUACIONES PRACTICAS DE EFICACIA EN CONTRATOS CON CLÁUSULAS PENALES……...Pág.51

IV.4 ESTUDIO VALORATIVO SOBRE EL GRADO DE APLICACIÓN Y MANEJO DE LA CLÁUSULA PENAL, SOBRE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO……Pág.59

CONCLUSIONES……Pág.65

BIBLIOGRAFIA……Pág.67

ANEXOS

INTRODUCIÓN

Los contratos están regidos por un sistema consensualista, como el nuestro por el principio de autonomía de las partes.

Ello significa que todo contenido expreso dentro de los mismos constituye ley para las partes, quienes resguardan su derecho a través de diferentes medios conocidos como garantías, entre estos; la cláusula penal. Misma que tuvo su origen en la Stipulatio Poenae, que poseía una esfera de acción muy limitada, a diferencia de la que modernamente conocemos.

Abordamos de manera general en el presente trabajo la eficacia de la cláusula penal dentro de los contratos civiles en la legislación nicaragüense. Las fuentes fueron todas positivas: es decir esencialmente la ley y la doctrina jurídica. Es además este trabajo monográfico de corte descriptivo analítico.

El primer capitulo se dedica a enunciar los aspectos generales de la cláusula penal, entre ellos su naturaleza jurídica y notas características como su desarrollo histórico.

En el segundo capitulo se realiza una comparación de la cláusula penal con otras figuras jurídicas, lo que permite hacer una distinción mas acertada y determinar con mayor precisión su alcance y eficacia dentro de la contratación civil.

El tercer capitulo problematiza la indebida aplicación de la cláusula penal. ¿Cuando una cláusula penal de torna abusiva?, y que dice nuestra legislación al respecto.

En el cuarto capitulo se aborda el lugar de la cláusula penal dentro de las cauciones, y se determina a partir de que momento se materializa la eficacia de la cláusula penal, además las modalidades que puede adoptar esta, y como se propaga su ineficacia a otros contratos que tengan vinculación con el invalido, por una cláusula penal ineficaz.

CAPÍTULO I

Aspectos generales de la Cláusula Penal

1. ORIGEN.

La denominación cláusula penal proviene de los romanos, de la voz *Stipulatio Poenae*[1]. En la época romana únicamente las obligaciones consistentes en dinero admitían compulsión, coacción y demanda, las que no eran dinerarias no admitían compulsión alguna; para que se admitiera en las que fueran dinerarias era necesario la existencia de una cláusula o *Stipulatio Poenae*, teniendo por objeto asegurar los derechos del acreedor[2].

La *Stipulatio Poenae* obligaba al deudor a pagar al acreedor una cantidad determinada para el caso en que la prestación debida no fuere afectada al vencimiento .

Esta estipulación podía ir unida no solo, a una obligación verbal, sino que también a cualquier otra de buena fe o de derecho estricto, y de una obligación natural.

Como antes lo mencionábamos la cláusula penal tenia siempre por objeto una cantidad de dinero, unida a un simple pacto que no era

[1] "Contrato verbal, formal y unilateral. De estricto derecho, cuya solemnidad consistía en una interrogación realizada por el acreedor y la respuesta del deudor aceptando". Habían varios tipos: stipulatio doliduplae praetoria, servorum, simplae et al relativas a negocios jurídicos entre particulares (compraventa, créditos). Diccionario de Derecho Romano. Fotocopia, Sin año ni fecha de publicación: 572-573.
[2] Rafael Ortega Aguilar, Tratado Elemental de Obligaciones : 107.

civilmente obligatorio, pero que daba derecho de acción al acreedor, la ″Stipulatio Poenae″ aseguraba su ejecución, pues si el deudor no ejecutaba voluntariamente lo que había prometido, incurría en la pena estipulada.

Tiempo después se admitió la compulsión para toda clase de deudas, consistieran estas en dinero o no. Aquí se refleja la influencia que tuvo en nuestra legislación, "para determinar de manera cierta, la indemnización de daños y perjuicios ", no quedando al arbitrio del juez. Sin necesidad de probar la existencia de los daños y perjuicios, ni de probar la avaluación de los mismos, por que se presume de derecho que los daños fueron ocasionados y no existe prueba en contrario[3].

2. CONCEPTO

Entre las múltiples definiciones de la cláusula penal dadas por los autores son frecuentes aquellas que destacan su origen convencional y su carácter accesorio. Dentro de este grupo se puede mencionar a **Puig Peña** quien la cataloga como aquella convención accesoria añadida a una obligación, por cuya virtud se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido [4].

[3] Rafael Ortega Aguilar, Tratado Elemental de Obligaciones, Pág.107,108
[4] Citado por Sanz Viola, Ana. *La cláusula penal en el Código Civil Argentino*. Obra obtenida en http//www.premium.vlex.com, accedido el 20 de marzo de 2006.

La cláusula penal es aquella en la que las partes convienen anticipadamente las obligaciones que se derivan de la inejecución de la obligación principal del contrato, el monto del resarcimiento que el deudor deberá pagar al acreedor por concepto de daños y perjuicios, si estos también se encuentran estipulados. En este sentido podemos decir que existe de previo una avaluación de los daños, que puedan originarse por el incumplimiento de la obligación principal.[5]

El **código civil Argentino** en el **Arto.652C**. la define como "aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de la obligación se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación".

La cláusula penal debemos aclarar que dentro de la contratación civil no trasciende a la esfera criminal, se refiere puntualmente al pago de una suma de dinero, o de cualquier otra prestación admitida como objeto de la obligación, bien en beneficio del acreedor o en el caso que beneficie a un tercero.

Incurre en la pena estipulada el deudor que no cumpla con la obligación dentro del tiempo convenido aunque por justas razones no hubiese podido verificarlo. La pena o multa impuesta en la obligación contribuye a la indemnización de perjuicios o intereses cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá

[5] Ortega Aguilar, Rafael. *Tratado Elemental de las Obligaciones*: 107

derecho a otro resarcimiento aunque pruebe que de la pena no resulta la suficiente indemnización.[6]

Aceptamos, en principio, este concepto de la cláusula penal que destaca que la fuente, es decir, el origen de la misma, es la voluntad concertada de los contratantes. De ahí su denominación tradicional de cláusula, que indica su inclusión, normalmente, junto a otras cláusulas en el negocio constitutivo de la obligación principal, aunque nada impide que se establezca mediante un negocio separado relacionado con aquél.

Nuestro Código Civil en el Art. 1985 C. ofrece la siguiente definición:
"La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal".

Es importante reconocer en estas definiciones la existencia de dos obligaciones: la obligación principal y la obligación accesoria –penal-. La primera es el objeto del contrato y la segunda garantiza el cumplimiento de la principal en su defecto.[7]

De lo anterior concluimos que la cláusula penal puede ser pactada para los casos de retardo o incumplimiento de la obligación. En el primero de los casos se refiere a situaciones que incurran en mora, y

[6] Cabanellas de las Cueva, Guillermo. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*:183
[7] Abeledo, Penot. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*: 178.

el segundo a un elemento compensatorio. Así mismo la cláusula penal se puede estipular dentro del contrato o posterior a este, siempre que no se hayan producido los perjuicios.

En nuestra legislación la cláusula penal es abordada por el Código Civil dedicándose los artículos comprendidos del 1985 al 2003.

3. NATURALEZA JURÍDICA.

En torno a su esencia o naturaleza se han formulado una variedad de tesis que coloca a esta figura en diversas partes del Derecho Civil[8].

Doctrinalmente se ha equiparado a la cláusula penal con las obligaciones, y ha sido en este marco que se han desarrollado teorías referentes a su naturaleza.

- Como garantía accesoria que refuerza el contrato. Es pues, una medida de aseguramiento del contrato.

- Como una forma de regular los efectos del contrato. Estos efectos pueden ser llevados a límites superiores o inferiores al normal.

[8] Retomamos lo expuesto por Escobar Fornos, Iván. *Derecho de Obligaciones*: 257-258.

- Como una liquidación convencional anticipada de los daños y perjuicios del incumplimiento del contrato, en la parte correspondiente al incumplimiento de estos.

- Como una forma de pactar intereses. Esta concepción es procedente de las características de la cláusula penal, y su estudio se sitúa específicamente en lo que concierne al mutuo.

- Como una institución (multifinalitaria). Puede tener varias funciones: liquidación anticipada de los daños y perjuicios; como medio de librarse de la obligación principal; y como garantía de cumplimiento .

Bajo la línea de razonamiento expuesta en el Código Civil, la cláusula penal representa una obligación accesoria (arto.1986), asegura el cumplimiento del la obligación principal (arto. 1986,1988) y es facultativa (arto. 1990).

4. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL.

La Cláusula penal tiene una doble función: Compulsiva, por una parte, e indemnizatoria por la otra.

Cabe señalar sin embargo que en otras legislaciones se concibe la idea de que la cláusula penal tiene una tercera función: función resolutoria, la cual no influye en nuestro sistema jurídico, pero consideramos válida su mención por eso la hemos incluido en esta exposición.

a) Función Compulsiva.

Partiendo de su origen histórico, una gran parte de la doctrina le atribuye a la cláusula penal una función compulsiva como lo más destacado de la estipulación.

Aparece como un refuerzo del contrato y es una nueva incitación a su cumplimiento ante el temor de la pena, que constituye una confirmación o sanción del contrato principal. En este sentido extremo se dice que esta función es la única importante, pues refuerza el vínculo y suministra al acreedor un medio de eficacia mas intensa que la simple acción encaminada a la prestación. En cuanto a la liquidación anticipada del daño, no tiene según ese concepto, mayor importancia, y es solo una consecuencia accidental.

Otra parte de la doctrina niega la pretendida función compulsiva de la cláusula penal, y plantea que solo por mantener el concepto romano se puede sostener que la cláusula penal sirve para asegurar la

ejecución de las convenciones. Este concepto no es exacto en el Derecho moderno, pues por regla general todas las convenciones son obligatorias por si mismas y la (ejecutoriedad) de las obligaciones licitas están aseguradas por la ley.

La pena solo funcionará como medio compulsorio cuando su monto sea notoriamente superior al valor de la prestación principal, quedando la función compulsiva subordinada a esa circunstancia. En tal situación la mayor compulsión no surge del hecho de que la pena por si misma tenga esa virtualidad, sino que proviene de la cuantía de esta.

Importante es destacar que cuando la cláusula penal se ha pactado para asegurar el cumplimiento de una obligación natural, la función compulsiva de la cláusula penal aparece como esencial, pues aporta al vinculo imperfecto el único medio de asegurar la efectividad de los derechos del acreedor, sin embargo esa función compulsoria es indirecta, por que no esta referida al cumplimiento especifico de la prestación, sino a la obtención de una indemnización coercitivamente exigible.

b) Función Indemnizatoria.

Esta función esta referida a que la cláusula penal constituye una liquidación anticipada de la indemnización correspondiente al acreedor cuando se haya producido por retardo o inejecución, siendo esta calculada previamente sobre la base de una representación de los

daños y perjuicios que las partes tienen en cuenta al momento de contratar.

Tratadistas de esta materia consideran que esta función indemnizatoria que cumple la estipulación de la cláusula penal, prevalece sobre la función compulsiva.

La relación que existe entre la cláusula penal y los daños e intereses permite que se aplique a aquella en general, el régimen legal de estos (intereses) en cuanto a los elementos de responsabilidad, exceptuando lo que se refiere a los daños, pues el derecho no necesita probar la existencia de este último, sino que tiene derecho a reclamar la cláusula penal aunque hubiese experimentado daño alguno.

Por esta última consideración se ha planteado que aunque se eviten todos los asuntos relativos a la prueba de la existencia del daño y su monto, seria un error considerarla como una indemnización propiamente dicha, considerándose la indemnización que la cláusula penal implica, un elemento ficticio y arbitrario, pues no tiene ninguna relación con la existencia de perjuicios o con el monto de estos.

Sin embargo doctrinalmente se ha concluido con la idea de que la naturaleza de la cláusula penal es compleja y que por tanto, no explicarse la esencia de la misma por su solo carácter compulsivo o indemnizatoria, sino que se debe comprender desde el punto de vista

de que ambas funciones se encuentren intrínsecamente ligadas, y que constituyen la plenitud de la institución.

c) Función resolutoria

Se entiende que en los contratos con prestaciones recíprocas se encuentra implícita la facultad de resolver las obligaciones que nacen de ellos en caso de que una de las partes no cumpliese con lo pactado; sin embargo al no llevar a cabo la ejecución de la prestación para que el acreedor pueda aceptar por la resolución deberá previamente requerir al infractor, el cumplimiento de la misma en plazo no menor de quince días, salvo que los usos o pactos, establecieran uno menor. Este requerimiento no se necesita si el pacto comisorio fuere expreso, ya que en tal situación la resolución opera de pleno Derecho.

Por otro lado si se hubiere pactado una cláusula penal en el contrato, desde que el deudor se halle en mora, podría exigir el acreedor el cumplimento de la obligación a su arbitrio, en este caso no existe pacto comisorio expreso; mas bien aquí podría resolverle el contrato a opción del acreedor desde que el deudor dejare de cumplirlo en término correspondiente.

La cláusula que instituye una pena compensatoria importa un pacto comisorio a favor del acreedor. En efecto es de la esencia de dichas

cláusulas que el acreedor puede optar, en caso de incumplimiento entre demandar la prestación principal o la pena. Esta última no es un equivalente de la prestación o un sucedáneo de ella, sino una indemnización y por tanto, optar por la pena equivale a disolver la obligación y reclamar las indemnizaciones sobre la base de la estimación anticipada que de ella se ha hecho.

Este concepto no es compartido por algunos juristas como **Llambias**, quien considera que la idea no encierra un análisis apropiado de la situación. Este plantea que lo normal es que la cláusula penal confirme el contrato y no que lo disuelva. Aunque si bien es cierto que la cláusula penal tiene una función compulsoria, que pretende una confirmación por la ejecución de la prestación convenida, también hay que reconocer que el régimen legal de ella autoriza a dejar sin efecto la prestación convenida y optar por los daños y perjuicios; esto es ha resolver la obligación, aunque no exista pacto comisorio expreso o no mediare intimidación previa al incumplimiento si se tratare de un pacto comisorio expreso[9].

5. CLASIFICACIÓN.

Conforme resulta del **arto. 1985 C.** existen dos clases de cláusulas penales:

- La que se estipula para el caso de retardo o mora en el cumplimiento (cláusula penal moratoria).

[9] Abeledo, Penot. Ob. Cit.: 178-182.

- La estipulada para el supuesto de incumplimiento total y definitivo de la obligación (cláusula penal compensatoria).

La cláusula penal moratoria es acumulable con la exigencia del cumplimiento de la prestación, pues su finalidad es resarcir al acreedor de los daños e intereses por el simple retardo.

En cambio la cláusula penal compensatoria no puede ser demandada juntamente con el cumplimiento pues entra en lugar de la prestación principal y compensa el daño que experimenta el acreedor por la ejecución total de la misma[10].

6. CARACTERÍSTICAS

La cláusula penal presenta las siguientes características:

A) La cláusula penal es una obligación accesoria. Ya que esta no podría producir efecto alguno sin la existencia de una obligación principal que garantice y acceda de ella.

Como consecuencia de lo anterior pueden resultar diversas situaciones:

a) Si la obligación principal se extingue, ya sea por pago, compensación, novación, etc. se extingue la cláusula penal, pero por

[10] Ibíd.: 183

el contrario si se extingue la obligación correspondiente a la cláusula penal de manera independiente a la obligación principal, esta última sigue conservando su vigencia.

Este planteamiento se deriva de lo consagrado en el Arto. 1877 C. que establece que extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria; pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal.

b) Otra situación es que prescrita la obligación principal; prescribe también la cláusula penal, aquí hay una prescripción conjunta. Lo expuesto se sustenta en el Arto. 904 C. que dispone: "Prescrita la acción por el Derecho principal, quedan prescritas también las acciones por Derechos accesorios".

Si la obligación civil pasa a ser natural, la pena también pasa a ser natural.

En este particular la cláusula penal tendría efecto aunque se utilice para asegurar el cumplimiento de una obligación que no puede exigirse judicialmente, siempre que no sea probada por la ley, pero en cambio el acreedor tendrá derecho a la acción para exigir la obligación contenida en la cláusula penal.

c) La nulidad de la obligación principal, acarrea la nulidad de la cláusula penal, pero la nulidad de esta no trae consigo a la de la obligación principal.

Referente a esta afirmación podemos analizar la situación en la cual la cláusula penal es el sustento en la promesa de un hecho ajeno, la cual viene siendo regulada en los **Artos. 2485 a 2488 C**. de lo anterior deducimos que el promitente queda obligado mas no así el tercero, el cual se obligará únicamente si ratifica la promesa, o sea que haya manifestado su consentimiento, ya que nadie puede ser obligado sin su voluntad. Sin embargo para tal caso no hay nulidad ya que cuando el tercer se niega a ratificar el contrato, el promitente deberá ejecutar la obligación si esto se encuentra a su alcance, si no deberá indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios.

El **Arto. 1986 inc. 2do**. Regula la aplicación específica de la cláusula penal en la promesa de hecho ajena, y no constituye una excepción a la regla general que establece el **Arto. 1980 inc. 1ro** que dice "la nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la cláusula penal".

Por otra parte el **Arto.1985 inc. 3ro** dispone que cuando una persona estipula a favor de un tercero y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena, para el caso de no cumplir lo prometido; se está en presencia de la cláusula penal estipulada a favor de tercero, la cual es reglamentada por los **Artos. 2489 al 2492 C.**

B. La cláusula penal es una **avaluación anticipada**.

Esta característica se refiere a los daños y perjuicios lo cual descarta que el acreedor necesite probarlos ante el juez lo que sería una situación incómoda para el acreedor, en este sentido la avaluación convencional es preferente a cualquiera de las otras dos formas ya sea legal o judicial.

C. La cláusula penal es una **obligación condicional**.

Para que se lleve a cabo es necesaria la presencia de una condición, y en este sentido, que el deudor, no cumpla o retarde el cumplimiento de la obligación lo cual constituya hechos futuros e inciertos[11].

5. BENEFICIOS DE LA CLÁUSULA PENAL

- El acreedor queda librado de probar los daños y perjuicios.

De conformidad con el **Arto. 1998 C**. Aquí el acreedor tiene el derecho de cobrar la pena con solo el hecho que incumpla la obligación. En este sentido el **Arto. 1988C**. Establece que para pedir la pena, el acreedor no esta obligado a probar que ha sufrido perjuicio ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.

[11] Escobar Fornos, Iván. ob.cit. : 259–261

Es de gran importancia la ventaja que presenta la cláusula penal en este sentido si consideramos lo difícil y tardío que resulta probar los daños y prejuicios.

- La cláusula penal constituye una garantía personal.

Se pueden garantizar con esta cláusula las obligaciones de dar, hacer y no hacer, sea que surjan de un contrato, cuasicontrato, delito. Cuasidelito, o de la ley, sean estas simples o sujetas a modalidades liquidas o liquidas.

Por regla general la indemnización de los daños se satisface con dinero, no obstante esta regla no exime de la avaluación legal o judicial y en la cláusula penal la indemnización podrá consistir en otra cosa que no necesariamente tiene que ser dinero.

Esto lo sustenta el Arto1985.C, el cual establece que la pena puede consistir en dar o hacer; pudiendo consistir en pagar dinero o en dar un cuerpo cierto, también es posible que la pena consiste en no hacer.

- Puede estipularse para garantizar una obligación natural.

Para tal situación el acreedor, aunque no pueda demandar al deudor para el cumplimiento de la obligación, tiene derecho para actuar en contra de tercero por la pena[12].

[12] Ibíd.:259

8. INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

El origen de este principio se remonta a la época del Derecho Romano, en este momento histórico la pena quedaba a discreción exclusiva a la libertad de las partes, restándoles facultad a los jueces a que pudiera modificar la pena, aunque fuese excesiva. La única limitación era que podía quedar sin efecto si esta se encontraba bajo un pacto usurario.

Tres legislaciones importantes han aportado gran influencia sobre este tema Así, tenemos entonces:

La teoría de la inmutabilidad (Derecho. Francés)

En el antiguo derecho francés bajo la influencia de Dumoulín, se había reconocido la facultad de los jueces de reducir las cláusulas si se consideraba correcto moderar las penas excesivas, evitando así, los posibles abusos. Este criterio es apoyado también por Pothier, sin embargo el Código Napoleón en su Arto. 1152 y en los códigos que le sucedieron apoyan una doctrina opuesta en conformidad con el principio de autonomía de la voluntad. Los jueces no tienen la facultad de moderar el monto de la pena estipulada, aunque resultara excesiva para el deudor o insuficiente para el acreedor, con esta idea prevalece la libre voluntad de las partes y queda a su discreción arreglar sus interese bajo el principio de la libertad de las convenciones, mientras estas no atenten contra la moral y las buenas costumbres. Aunque no

siempre el cálculo de la fijación de la pena se encuentre acorde a la realidad o desigualdades políticas, económicas y sociales de algunas de las partes, lo cual podría conllevar a la imposición de una pena injusta[13].

Reducción judicial (Derecho. Alemán)

En el derecho germánico se ha producido una evolución distinta que es apreciable en el **Código Civil Alemán Arto 343 C.**, al igual que el **Código Federal Suizo** de las obligaciones **Arto 163,** en los que se establece, que los jueces tienen la facultad de mejorar las penas con el fin de impedir que ellas constituyan el medio de cometer abuso.

El sistema tiene como fundamento remediar el inconveniente del planteamiento Francés. Aquí se permite al juez modificar el monto de la cláusula penal cuando parezca excesiva para el deudor o insuficiente para el acreedor[14].

La limitación legal (Derecho Brasilero)

Este último sistema señala límites legales sobre el monto de la pena; aunque la pena establecida dentro de tales limites es inconmutable.

Este es un sistema mixto que pretende corregir lo inconveniente de los dos anteriores, auque no se exime de censuras, por que no logra

[13] Abeledo, Penot. Ob. Cit: 194.
[14] Ibidem.

suprimir los inconvenientes de las instituciones del derecho germánico y Francés, ni realiza las ventajas de cada uno de ellos, aunque es importante destacar que este sistema lo adopta nuestra legislación en el Arto. 2002 C. En el cual la pena por incumplimiento no puede ser mayor al de la prestación, y menos aun cuando se trate del valor de perjuicio por mora, cuya pena no puede ser mayor a la cuarta parte del valor de la prestación.

Nuestra legislación adoptó el principio del sistema Francés, con la limitación del sistema legislativo Brasileño, lo cual ha quedado sustentado por medio del artículo mencionado anteriormente.

Aquí la disposición Brasileña en nuestro código es de carácter público, lo cual no prescinde que la parte interesada pida la reducción ya que el juez podrá proceder de oficio[15].

[15] Ortega Aguilar, Rafael. ob.cit.:110.

CAPITULO II

1. COMPARACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Existen algunas diferencias y similitudes con algunas obligaciones o figuras jurídicas, entre las cuales podemos mencionar las siguientes: con las obligaciones alternativas, con obligación condicional, con las obligaciones facultativas y con las arras.

- Con las obligaciones alternativas.

A simple vista ambas situaciones parecen idénticas, pero analizándolas más de cerca se perciben las diferencias relevantes entre ambas.

En la cláusula penal existe una obligación principal y una accesoria.
El objeto de la cláusula penal es uno; pasando a ser la pena el elemento accesorio, con lo cual se solventa en caso de incumplimiento, además cuando la obligación es ilícita o imposible desaparece también la cláusula penal[16]. Por esta misma razón se explica que el acreedor no puede cobrar la cláusula penal sin cobrar la obligación principal. En la obligación alternativa sé esta obligado a entregar uno o varios objetos, entonces decimos que este tipo de

[16] Escobar Fornos, Iván. Ob.cit: 265.

obligaciones están basadas en una pluralidad de objetos, mientras que en la cláusula penal existen dos obligaciones, que, son una principal y una accesoria[17].

La cláusula penal se fundamenta mediante la voluntad de las partes, en cambio, la obligación alternativa puede ser por voluntad de las partes o puede tener como fuente la ley.

En la obligación alternativa tiene dos objetos, o prestaciones esta en obligación, y si alguna perece o resulta ilícita, o imposible la relación obligacional se mantiene con la otra; mientras que en la cláusula penal si se extingue la principal se extingue la accesoria[18].

- Con las obligaciones facultativas

Existe una gran semejanza entre ambas, ya que están compuestas por una obligación principal y otra accesoria; en ambos casos al desaparecer la obligación principal, también se extingue la obligación de cumplir con la accesoria.

La diferencia radica esencialmente en la forma en que puede librarse el deudor pagando con la obligación accesoria, lo cual no se podrá dar en la cláusula penal salvo pacto en contrario[19]. Con relación a lo antes mencionado decimos que en la obligación facultativa una cosa esta

[17]Ortega Aguilar, Rafael. Ob.cit :110

[18] Escobar Fornos, Iván. Ob.cit: 265
[19] Ibíd.: 266

en la obligación y otra en la solución; en la obligación la cláusula penal no decimos nada con respecto a la elección, porque ésta, está a cargo del acreedor, por ende necesita una estipulación expresa sobre que objeto es el que responde en caso del incumplimiento de la obligación principal[20].

Así pues es importante reconocer que la cláusula penal va como accesoria y en la facultativa como subsidiaria, por que dependen del deudor si quiere pagar con esto, y sí, no con lo principal.

- Con las obligaciones condicionales

En la obligación con cláusula penal la obligación principal es pura y simple y el derecho existe desde la constitución de la obligación. En la condicional él vínculo esta sujeto a una modalidad o condición y el derecho por consiguiente, no esta definitivamente adquirido[21].

En la obligación condicional, en caso de cumplimiento de la obligación se necesita de un hecho futuro e incierto; no siendo así en la cláusula penal depende de un hecho futuro e cierto[22].

[20] Ortega Aguilar, Rafael. Ob.cit :111.

[21] Abeledo, Penot. Ob.cit.:189.

[22] Ortega Aguilar, Rafael. Ob.cit: 111.

- Con las Arras:

Con las Arras retroactivas se puede garantizar la celebración de un contrato y pierde esa condición quien se retractó. En materia civil las arras tienen el carácter de penitenciales, pues constituyen una cláusula de arrepentimiento o displicencia. Es una especie de pena, pero diferente a la cláusula penal. Las Arras garantizan la celebración de un contrato y se concede de previo; en cambio la cláusula penal garantiza el contrato ya celebrado. Así mismo es importante señalar que el que se somete a la cláusula penal no entrega nada, en cambio el que se someta a las Arras entrega dinero u otra cosa.

Ambas estipulaciones tienen en común que fijan convencionalmente el monto del resarcimiento independientemente del daño que se pueda experimentar, y constituyen prestaciones accesorias de otras obligaciones.

2. TIEMPO FORMA Y MODALIDAD DE LAS OBLIGACIONES

La cláusula penal puede estipularse al momento de constituirse la obligación, o posteriormente, siempre que no se haya producido la inejecución, pues no tendría sentido en cuanto a la función compulsoria y menos aun la liquidación por daños e intereses, lo cual en esencia constituye a la verdadera cláusula penal.

Al ser la cláusula penal una obligación accesoria convenida por las partes, se regirá por los principios generales de la forma y prueba de los contratos. A sí mismo podrá sujetarse a la estipulación de la misma a las diferentes modalidades de las obligaciones en general (condiciones, plazo y cargos).

Hay que destacar que aunque no es común, se podrá hacer un legado con la disposición que si el heredero no lo entrega en un plazo dado, pagara una multa legatario por mora y lo mismo ocurrida si el legatario no cumple con el encargo a favor de un tercero, en este caso perderá el beneficio[23].

3. FUENTE DE LA OBLIGACIÓN PENAL

Aceptamos, en principio, que partiendo de su definición, la cláusula penal, tiene como fuente, u origen de la misma, la voluntad, la estipulación, y el acuerdo entre las partes.

De ahí su denominación tradicional de cláusula, que indica su inclusión, normalmente, junto a otras cláusulas en el negocio constitutivo de la obligación principal, aunque nada impide que se establezca mediante un negocio separado relacionado con aquél[24].

[23] Abeledo, Penot. Ob.cit.:191.

[24] Sanz Viola, Ana. Ob.cit.

De tal afirmación, se podrán admitir de igual manera, las multas incluidas en las disposiciones de última voluntad de los testamentos, y en las particiones hechas por ascendientes. En estas circunstancias la denominación de pena convencional no es propiamente cierta en sentido literal, pero si se aplicaran los mismos principios jurídicos.

4. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL.

Según sea el caso en que la cláusula penal fuera pactada como compensatoria o moratoria sus efectos son distintos:

- **Cláusula penal compensatoria.**

1. Efectos respecto al deudor.

Aquí la obligación principal continúa siendo la pactada, de tal forma que no puede librarse de la obligación ofreciendo el pago de la pena, salvo que se hubiere reservado este derecho, de acuerdo con el **Arto. 1990 C.** que a la letra dice: "El deudor no podrá eximirse de cumplir con la obligación, pagando la pena, sino en casos en que expresamente se hubiera reservado este derecho".

1. Efecto respecto del acreedor.

Al no efectuarse la ejecución de la obligación, nace un derecho mediante el cual el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal, o el pago de una pena, sin embargo no puede reclamar ambas a la vez de conformidad con el Arto 1991 C. que establece que: "… ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio…". Salvo que se hubiese reservado expresamente ese derecho; es decir que se haya pactado que por el pago de la pena no se entienda que se extingue la obligación principal.

Sin embargo existen excepciones que dan potestad al acreedor a demandar la obligación principal y la pena conjuntamente, cuando parezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, como lo dispone el Arto. 1991 C Estamos en presencia de cláusula penal moratoria.

- Cláusula penal moratoria

En este tipo de cláusula o condición no es subsidiaria de la prestación principal, sino que se pacta por el retardo en el cumplimiento y como consecuencia es acumulable a esta última. Para que el acreedor pueda exigir la pena necesariamente el deudor deberá haber incurrido en mora, esto lo preceptúa el Arto 1993 C que establece: "sea que la

obligación principal contenga, o no, plazo en que deba cumplirse, no se incurre en la pena, sino cuando el obligado a entregar, o tomar o hacer, ha incurrido en mora".

A sí mismo el Arto 1991 C dispone que: "antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...".

Para que exista la mora será necesario de previo el requerimiento establecido en el Arto 1859 C inc. 2, el cual dice: "incurre en la pena estipulada el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justa causa no hubiere podido verificarla."

Es por ello entonces que no existe inconveniente para pedir conjuntamente la obligación principal y la pena, ya que esta no reemplaza a aquélla, por que constituye una indemnización por retardo.

5. SUJETOS Y OBJETO DE LA PENA

Por lo general los sujetos activos y pasivos de la pena son los mismos sujetos de la obligación principal, sin embargo nada impide que tanto el activo como el pasivo puedan ser terceros en relación con esta.

Cuando un tercero se obliga por medio de una cláusula penal la situación jurídica de este, es semejante a la de un fiador que limita su responsabilidad al monto de la pena estipulada[25].

Con respecto al objeto el Arto.1985 C. dice que la pena puede consistir en dar o hacer. “En el primer tipo de obligación podrá consistir en pagar dinero o en dar un cuerpo cierto o una especie determinada en de un género determinado”[26].

Lo común es que la pena consista en el pago de una suma de dinero, pero no es imposible que sea objeto de la obligación penal cualquier otra opción bien sea esta cosa cierta o incierta, un hecho o una abstención.
El objeto debe cumplir con todos los requisitos esenciales y de validez que corresponden a todo objeto de obligación en general. Es decir que deba ser posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y que sea lícito.

También podemos considerar como objeto de la cláusula penal la perdida o caducidad de un derecho que el contrato reconocía al deudor.

[25] Abeledo, Penot. Ob.cit.: 192.

Sin embargo, aunque sea lícito estipular cláusulas con esa determinación, no constituirán verdaderas cláusulas penales, que por definición son obligaciones accesorias.

6. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CUANDO EXISTE PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

Con forme al Arto. 1944 C. cuando la obligación primaria contraída de la cláusula penal se refiera a una cosa indivisible, y son varios los deudores por sucesión o por contrato, se incurre en la pena por contravención de uno de los deudores, y puede ser exigida la pena en su totalidad del contraventor, o de cada uno de los deudores por su parte y porción, salvo el derecho de esto para exigir del contraventor que les devuelva lo que pagaron por su culpa[27].

Cuando se dispone que al infractor se le pueda cobrar el total de la pena se está bajo la influencia de lo establecido en los Artos 1974C. y 1980 inc. 2 C., en virtud de los cuales si por el hecho o culpa por uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, el solo será responsable de todos los perjuicios.

De acuerdo con el Arto 1996 C, cuando la obligación primitiva con cláusula penal es divisible, solo se incurre en la pena por aquel de los herederos del deudor, que contraviniere la obligación, solo por la parte

[27] Escobar Fornos, Iván. Ob.cit: 221,263

que le toca en la obligación principal, sin que haya acción contra los que han cumplido.

La regla expuesta admite excepción. Esta se da de conformidad con el Arto 1996 C., cuando hubiese agregado la cláusula penal con el fin expreso de que la paga no puede verificarse por parte, un coheredero ha impedido el cumplimiento de la obligación en su totalidad, en tal caso puede exigir al infractor toda la pena. Aunque el Arto 1996 C., no lo exprese en este supuesto el acreedor tan bien conserva el derecho a demandar a los otros deudores por sus cuotas, es decir tiene dos acciones: contra el infractor puede pedir la totalidad de la pena y contra los otros puede pedir las cuotas que les corresponde.

Si son varios los deudores o herederos que incumplen la obligación, no existe inconveniente para demandar a cualquiera de ellos por el total de la pena. Esto no lo dice expresamente los articulaos citados, pero los principios en que se inspira dejan lugar a ello.

Cuando la obligación indivisible contraída con cláusula penal es a favor de varios contra varios, ya sea por contrato o herencia, no se incurre en la pena total, en el caso de obstáculos puestos por uno de los deudores o alguno de los acreedores, sino que solo el causante del obstáculo incurre en pena y se adjudica únicamente al perturbado, a ambos proporcionalmente a su haber hereditario o cuota correspondiente.

7. RENUNCIA DE LA CLÁUSULA PENAL

El acreedor puede pedir a su arbitrio la pena o la indemnización de perjuicios, pero no las dos a la vez salvo pacto en contrario, por el hecho de que el acreedor recibiría una doble indemnización. El pacto en contrario se permite bajo la libre potestad de la contratación y constituye un agravamiento de la responsabilidad del deudor.

Como ya es sabido la cláusula penal es una caución establecida a favor de tercero, y por ende, puede renunciar a ella y demandar los daños y perjuicios ordinarios siempre y cuando estos no fueran superiores a los avaluados en la cláusula penal. El acreedor en este sentido podrá decidir cual de los derechos reclamará, si es la pena o la indemnización ordinaria.

8. REBAJA DE LA PENA, CUANDO HAY CUMPLIMIENTO PARCIAL

Si el deudor cumple parcialmente la obligación principal podrá tener opción a la rebaja proporcional de la pena siempre y cuando el acreedor acepte esa parte del pago, considerando que este no esta obligado a aceptar un pago parcial. Esta afirmación es corroborada por el Arto. 1992 C., que establece: ″si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se le rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal″.

9. EXTINCIÓN DE LA PENA

La cláusula penal se puede extinguir tanto por la vía principal como por la accesoria. Por vía accesoria cuando se aplica el principio de que extinguido lo principal se extingue lo accesorio.

Por vía principal se extingue sin que desaparezca la obligación a que accede, esta situación puede darse por la vía de la renuncia o por otras figuras análogas a esta. El efecto de la renuncia o remisión puede efectuarse antes o después de ser exigible la cláusula penal[28].

Según la doctrina se ha considerado que al extinguirse el contrato por mutuo acuerdo también extingue la cláusula penal y consecuencia de esto no puede exigirle legalmente al deudor porque este junto con el acreedor renunciaron a sus derechos y obligaciones recíprocos.

[28] Escobar Fornos, Iván. Ob.cit :267

CAPITULO III
CLÁUSULA PENAL ABUSIVA

La inclusión de cláusulas penales en la contratación ha adquirido tal relevancia que, como veremos, ha hecho falta proceder a su regulación. En la actualidad la gran mayoría de contratos en los que se prevén obligaciones mutuas se estipulan las consecuencias penalizadoras del incumplimiento de alguna de ellas.

Se valora incluso la actuación del profesional que ha redactado el contrato, por la perfecta definición y tratamiento de las consecuencias que va a conllevar a que no se cumpla, o que no se cumpla perfectamente, el contenido obligacional del mismo.

Ello nos lleva en muchos casos a que esa valoración de la actuación profesional en la inclusión de cláusulas penales haya provocado un exceso y desproporción entre la sanción y el contexto contractual; de tal modo que en un contrato la penalización supone quintuplicar como mínimo la obligación principal o resulta más beneficiosa que el propio cumplimiento del contrato.

Y no sólo se produce esta situación en el marco de las condiciones generales de la contratación o en contratos que van dirigidos a una generalidad de personas, sino que en la contratación privada, entre dos particulares o entre dos partes colocadas al mismo nivel, se dan las situaciones que hemos definido.

En el presente capitulo trata de establecer los límites entre la cláusula penal y la cláusula abusiva. Es decir, cuándo la previsión de un incumplimiento y su sanción es abusiva y merece el control judicial y legislativo.

Los límites entre ambos conceptos, cláusula penal y cláusula abusiva, no pueden ser fijados *a priori* y no serán fáciles de determinar sin tener en cuenta otros conceptos: las situaciones fácticas que regulan y las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato o de su vigencia.

En este contexto de la cláusula trataremos, pues, de fijar esos límites, es decir, la diferencia entre la inclusión de una cláusula penal y la inclusión de una cláusula abusiva. Teniendo presente que sólo la segunda merecerá el control judicial y legal.

1. DEFINICIÓN

Según la legislación vigente, Ley 182 Ley de defensa de los consumidores, serán cláusulas abusivas (art.24) aquellas que coloquen en postura de desequilibrio al contratante débil, dándole al contratante fuerte atribuciones ventajosas como la facultad de modificar el contrato en perjuicio del consumidor, haciéndolo renunciar a derechos que por ley posee, limitando además el derecho de acción del consumidor, fijando términos de prescripción para ejercer reclamos

inferiores a los establecidos por la ley y exonerándose de la responsabilidad civil que establece la misma.

Teniendo estas cláusulas como sanción la nulidad de las mismas, es decir no puestas en el contrato de adhesión no tiene una referencia o concepto específico de lo que es una cláusula abusiva, aunque es valido mencionar que la Ley 182 que se puede deducir aunque evidentemente todo contrato es susceptible de contenerlas.

Con esta consideración adoptaremos la definición Española contenida en la Ley 26 de 1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en su arto.10 establece: " Que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato[29]."

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta disposición al resto del contrato.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su

[29] Joaquim, Marti Marti, Efectos de la declaración de la cláusula penal como cláusula abusiva. Obra accedida el 15 de abril de 2006 en http//www.bufetejmarti.com.

celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil Español. A estos efectos, el juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable, para el consumidor o usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

Y por último se concluye que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Será abusiva la cláusula penal cuando ésta no logre integrarse en el contrato y no guarde proporción con el contenido acordado.

No cabe excluir *a priori* la validez de las cláusulas penales, sino solamente aquellas que conforme a tal parámetro se consideren abusivas.

Por lo expuesto hasta ahora en este análisis la cláusula penal se considerará abusiva teniendo en cuenta dos circunstancias:

1. La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato.
2. Las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración.

Y que de la aplicación de la cláusula penal se produzca un atentado al justo equilibrio entre las contraprestaciones. Es decir, no puede pretenderse una enumeración o listado, aunque fuere abierto, de un conjunto de cláusulas penales que se considerarán abusivas.

El concepto de cláusula penal abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores y los contratos de adhesión. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda

declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

2. DETERMINACION DE LA CLÁUSULAS ABUSIVAS

Determinar lo que se debe entender por cláusula abusiva en un contrato es uno de los problemas que tiene actualmente planteado el derecho, cuyas soluciones no son por el momento, uniformes. La legislación Italiana que es una de las primeras en abordar el problema de las condiciones generales, proporciona dos reglas que son calificadas no solo de insuficiente, sino de contrarias al interés del contratante débil, por que solo se basan por el conocimiento de la cláusula por la otra parte.

Por un lado son eficaces aquellas condiciones generales que impuestas por una de las partes, son conocidas o susceptibles de serlo por la otra de manera ordinaria, y, por otro lado se declaran ineficaces unas determinadas cláusulas concretas, las llamadas cláusulas vejatorias, e.g limitaciones de responsabilidad, derecho de rescindir el contrato o suspender su ejecución, restricciones a la facultad de oponer excepciones o la libertad de contratar con terceros,

cláusulas compromisorias y de exclusión de la jurisdicción competente, siempre que no sean aprobadas por escrito.

Es evidente que prevalece la voluntad contractual y la eficacia de las cláusulas, conocimiento o aprobación por el consumidor abusivo, no depende ya de su licitud o ilicitud intrínseca, sino de su conocimiento o aprobación por el consumidor.

En lo que si conviden las leyes Alemanas e Inglesas es en las sanciones aplicables a las cláusulas abusivas: mientras determinadas cláusulas son declaradas nulas e ineficaces en todo caso, en los demás su ineficacia no es definitiva pues que sometida al criterio de moderación por los tribunales, que determinaran en cada caso si las cláusula puede considerarse licita o razonable en el conjunto del contrato, se debe resaltar además que la sanción solo es respecto a la cláusulas abusivas, y que el resto del contrato mantiene su eficacia.

3. REDUCCIÓN DE CLÁUSULA PENAL ABUSIVAS

Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

En la legislación Argentina, en un primer momento parte de su doctrina vinculó este agregado con el vicio de lesión, pero luego se ha

advertido que excede los límites de esa figura y que la reducción de las cláusulas penales procede también en casos en que su exceso ha sobrevenido con posterioridad, ya sea por aplicación de la teoría de la imprevisión (Arto. 1198 del Código Civil Argentino), o porque exigir el cumplimiento configuraría un verdadero "abuso del derecho" (Arto. 1071 C. Argentino). La jurisprudencia de este país ha hecho aplicación de este principio, con relación a la doctrina de la imprevisión y así la Corte de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido que una cláusula penal "originariamente válida puede tornarse excesivamente onerosa como consecuencia de las particularidades circunstancias del caso".

La doctrina propició la reforma del art. 656 C. de Argentina con la ley 17.711, y agregó al mencionado artículo un párrafo que expresa: " Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor"[30].

[30]Moisset de Espanés, Luís. *Reducción de la Cláusula Penal Por Abuso del Derecho*. Obra Accedida el 24 de mayo de 2006 en http://www.acader.unc.edu.ar.

CAPITULO IV.

1. EFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL.

En muchos de los casos los acreedores necesitan o eventualmente pueden necesitar que se les asegure adicionalmente el cumplimiento de la obligación, lo que se suele lograr mediante el establecimiento de de **obligaciones accesorias**.

Obligaciones Accesorias: es aquella que se encuentra supeditada en su existencia y eficacia a otra, que es la obligación principal, la cual al extinguirse o anularse deja a la cláusula accesoria sin validez. Por el contrario la invalidez de la cláusula accesoria no afecta a la principal en su vigencia[31].

Caución: se entiende en lato sensu como prevención, precaución y cautela. Seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Es una expresión equivalente a fianza ya que garantiza, con relación a uno mismo o a otra persona, el cumplimiento de una obligación, por lo general establecida judicialmente, sea de orden civil o de índole penal[32].

En consecuencia tenemos 2 términos que tienen relación de género a especie:

---

[31] Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*:168.
[32] Ibidem.

a. **Garantía** (término genérico) Por ejemplo, el derecho de prenda general que es una garantía para el cumplimiento de una obligación. El derecho legal de retención también es una garantía, pero no es una Caución.

b. **Caución** (es la especie). Las cauciones pueden ser reales o personales:

Las Cauciones Reales: se caracterizan por que se afectan determinados bienes al cumplimiento de una obligación (Res = Cosa). Suelen ser más restringidas que las personales, ya que en esta última generalmente se comprometen patrimonios completos. Pero también suelen ser más eficaces, (Ej. hipoteca, prenda, anticresis).

Cauciones Personales: a través de las que aseguran el cumplimiento de una obligación generalmente mediante la incorporación de un tercer patrimonio al cumplimiento de una obligación. Por ejemplo, la solidaridad pasiva y la fianza. Esto es generalmente ya que hay casos en que es el propio deudor el que otorga una caución personal; y ejemplo de esta, es la cláusula penal. Esta es una caución en la que el propio deudor como seguridad de que va a cumplir la obligación avalúa anticipada y contractualmente los perjuicios que su posible incumplimiento pueda causarle al acreedor[33].

[33] Aguad, Alejandra .*Los Contratos Accesorios.* Obra accedida el 26 de mayo de 2006 en http//www.etesa.gob.co

La eficacia de la cláusula penal desde nuestro punto de vista se puede materializar judicial o extrajudicialmente, esto va ha depender en parte en parte de la disponibilidad que tenga el sujeto pasivo con relación a la pena a la cual el esta sujeto, en este sentido podría darse la situación de que la persona incumpla por retardo o inejecución de la obligación principal, pero sabiendo que lo obliga una pena cumple con esta de forma voluntaria sin necesidad que sea impuesta por el Juez. Otra situación seria que la persona evada su responsabilidad y necesariamente se tenga que acudir al Juez para que este imponga la pena. En ambos casos habrá de considerarse lógicamente el respeto a los preceptos y disposiciones legales, que controlan la aplicación de las cláusulas penales, evitando así un inapropiado uso de esa figura.

Doctrinalmente se considera que la eficacia de la cláusula penal se materializa en el pacto de los proponentes o en el que el futuro contratista se comprometen (dentro de cierto plazo contado a partir del momento en que el Tribunal declare su incumplimiento) a pagarle a los proponentes que no hubieren incumplido dichos compromisos una pena pecuniaria equivalente a un porcentaje del valor total del contrato, a título de estimación anticipada de perjuicios.

Si hubiere más de un proponente que no incumplieron sus obligaciones bajo el pacto, la pena señalada se reparte en idéntica

proporción entre tales oferentes. En la práctica, en algunos casos, la pena se ha negociado a favor de entidades de beneficencia[34].

En el caso de que se hubiese pactado una cláusula penal entre estipulante y promitente para el caso de que éste no cumpla oportuna e íntegramente su obligación para con el tercero, él estipulante podrá demandar esta obligación accesoria para sí Art.1986C…" Lo mismo sucederá cunado uno estipula por otro a favor de un tercer, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.

Hasta la aceptación del tercero, las partes son dueñas, en uso de su poder de autonomía, de tal relación y pueden modificarla o extinguirla.

Siguiendo el criterio de la eficacia de la cláusula penal, esta puede adoptar diversas modalidades ya que en nuestro ordenamiento jurídico las reglas legales sobre la misma, generalmente son de carácter dispositivo y está ampliamente reconocido el principio de autonomía de la voluntad. Partiendo de esta afirmación, la eficacia la cláusula penal, la podemos catalogar como:

Cumulativa o sustitutiva, dependiendo de que la obligación penal, nacida de la cláusula en el supuesto del incumplimiento o cumplimiento irregular previsto, se acumule a la obligación principal garantizada, que sigue el régimen legal previsto para el caso de

[34] Corporación Transparencia de Colombia, apuntes en torno a algunos aspectos legales de los pactos de Integridad accedido el 20 de junio de 2006 en http//www.transparenciacolombia.org.co

incumplimiento o cumplimiento irregular, o le sustituya. Se suele añadir en esta clasificación, como tercer término, la pena facultativa, que es aquélla que concede al deudor la facultad de liberarse de la obligación principal pagando la pena, pero en realidad este supuesto no es propiamente de cláusula penal sino de obligación facultativa.

Conviene recordar las previsiones legales ante el incumplimiento de la obligación cumplimiento forzoso y resarcimiento del daño para comprobar como se ponen en relación con la pena pactada en cada caso. Será posible, por tanto, establecer una cláusula penal en la que la pena sea exigible, además del cumplimiento forzoso in natura o por equivalente y de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

2. PROPAGACIÓN DE LA INEFICACIA

Normalmente, la ineficacia alcanza al contrato inválido en su totalidad, y sólo a él. Pero surge el problema de la propagación de la ineficacia a otros contratos que guardan cierta vinculación con el inválido; o, en sentido contrario, de si puede aislarse la ineficacia en una parte o contenido de una cláusula del contrato, sin afectar al resto (lo que puede evitar total o parcialmente la restitución de las prestaciones). La doctrina trata habitualmente estas cuestiones por separado, bajo los rótulos de propagación de la invalidez (o de la ineficacia) y de nulidad (o invalidez, o ineficacia) parcial (cuestión esta segunda que ha tenido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal muy superior); pero, como ser verá, los principios decisivos son los mismos.

Respecto de la propagación de la ineficacia, y en ausencia de norma legal, no cabe sentar reglas generales para determinar cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relacione, o que en el mismo se apoye. Ha de atenderse, ante todo, al propósito negocial concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe. El problema de la propagación de la ineficacia debe resolverse de distinto modo en función de la naturaleza del vínculo que une a los contratos celebrados por las partes. Si ambos contratos cooperan al logro de un mismo resultado buscado por las partes, la ineficacia de uno origina la ineficacia de los demás cuando sin él ya no puede lograrse ese resultado[35].

E.g se pacta la transmisión del dominio de un solar, la obligación del adquirente de construir un edificio, la obligación de transmitir al cedente determinados pisos y una serie de garantías reales: la ineficacia de la transmisión del dominio del solar comporta la ineficacia de todo el conjunto negocial, mientras que no parece que ocurra necesariamente lo mismo si resultan ineficaces las garantías prestadas por el adquirente.

Por otra parte, hay que advertir que, para resolver los problemas de "propagación de la ineficacia" constituye una simplificación la tendencia recogida en la manualística a razonar exclusivamente sobre la idea de accesoriedad. La invalidez de la obligación, cláusula o contrato principal acarrearía la de lo accesorio, tanto si es parte del

[35] Delgado, J y Parra, Maria Ángeles. *Las Nulidades de los Contratos.* Obra accedida el 19 de junio de 2006 en http//www.caruncho–tome.com.

mismo contrato como si se trata de contrato coligado o conexo, mientras que la validez de lo accesorio no afectaría a lo principal.

2. SITUACIONES PRÁCTICAS DE EFICACIA EN CONTRATOS CON CLÁUSULAS PENALES.

Caso No. 1

Por escrito presentado por el señor Julián Elías González Cisneros compareció el mismo, que actúa en su calidad de representante legal y presidente de la cooperativa de crédito y servicio AMIGOS DE LAVERKUSEN R. L. representación que demostraba con certificación extendida por la LICENCIADA SONIA RIVERA directora nacional del registro nacional de cooperativas del ministerio del trabajo, la que se encuentra plenamente acreditada en diligencias de embargo preventivo decretado por esta autoridad y ejecutado por el Juez Local del crimen de este municipio. Demanda al señor MARCELINO PARADA MENDEZ por la cantidad de tres mil setecientos cinco dólares ($3.705) que fueron cancelados por la siembra de maíz, chilote y otros productos agrícolas. Lo antes expuesto lo demostraba con escritura pública # 9 de Mutuo con garantía de prenda agraria, suscrita en esta ciudad ante los oficios notariales del Licenciado Antonio Fuentes Mendoza.

El plazo estipulado para la cancelación del mencionado crédito era de 5 meses contados a partir de la suscripción del mencionado contrato,

es decir que debió ser pagado el día establecido, reconociendo además un interés mensual del uno punto cinco por ciento (1.5%) mensuales el cual seria cancelado con el principal del mutuo que asciende a 2000 $, pero sumado los intereses corrientes pactados, mas los intereses moratorios, la suma eleva a la cantidad reclamada de $3.705 mas una tercera parte de dicha cantidad para responder a las costas judiciales. Por lo que disponiendo de los bienes personales procedió a solicitar embargo preventivo en bienes propios del deudor que recae sobre una finca propiedad del demandado, su parte indivisa que tiene un arrea de 3 manzanas.

Por lo que el tribunal de Distrito en el considerando II alego sobre el arto. 1684 Pr. Que el juicio ejecutivo es aquel en que un acreedor con titulo legal persigue a su deudor moroso, o en el que se pide el cumplimiento de un acto por instrumento que según la ley, tiene fuerza bastante para el efecto, por lo que el juez resuelve dentro del juicio ejecutivo corriente con acción de pago, promoviendo por la cooperativa de crédito y servicio AMIGOS DE LEVER KUSEN R.L. representada por el senos Julián Elías Gonzáles Cisneros.

II En consecuencia, sígase adelante la ejecución hasta vender la pública subasta los bienes que fueron embargados mediante acta.

III. Condénese en las costas al ejecutado.

CASO No 2

Contrato de adhesión

En escrito presentado ante el Juzgado Primero de Distrito Civil y Laboral de Chinandega el veintidós de agosto del año dos mil uno, la Lic. Zela Porras Díaz, compareció en calidad de apoderada general judicial del Banco Intercontinental S.A. en la sección de hipotecas del libro de la propiedad del departamento de Chinandega, donde otorgo un préstamo al señor José Armando Rivas Hernández por la suma de diez mil dólares americanos, a un plazo de veinticuatro mese, con una tasa de interés moratorio del veinticinco por ciento (25%), adicional al interés corriente, pagadero dicho préstamo mediante cuotas mensuales consecutivas de quinientos cuatro dólares con nueve centavos de dólar $ 504.9 cada una; que en garantía de dicho crédito don José Armando Rivas Hernández, y doña Rosa Julia Ríos Rosales documento base de ejecución y la certificación Registral donde consta la vigencia de la Hipoteca.

La ley trata de hacer efectivo el derecho contra los bienes hipotecados, facultado al acreedor a prescindir de la obligación personal cuando resulte incumplida, y lo manda a cobrar directamente con el valor de los bienes hipotecados, siendo la hipoteca una garantía que ha de hacerse efectiva, pues confiere al acreedor un derecho sobre el bien hipotecado y al deudor la única opción que tiene para hacer valer sus derechos.

La suscrita Juez Resuelve: por su notoria improcedencia, declaro la continuación de la ejecución, ordenando se subastase el inmueble urbano que fue dado en garantía a favor del Banco Intercontinental, SA. (INTERBANK), por el crédito que les fue otorgado; fijando como base de las posturas la cantidad de diez mil dólares que es el saldo vencido a la fecha señalada.

CASO No. 3

Contrato de Compra Venta

La sociedad López Espinosa, demanda ante el juez civil de distrito de Jinotega, en la vía ejecutiva al señor Gregorio Padilla Salinas, agricultor de ese domicilio, para que se obligue a entregar a la compañía actora, la cantidad de trescientos setenta quintales de panela, propia para la elaboración de aguardiente, en la fabrica establecida en aquella ciudad, entrega que correspondía al mes de enero de 1912 además pide que s obligue el demandado al pago de diez mil ochocientos pesos, moneda corriente, que debe por vía de pena, a razón de trescientos pesos por cada quintal de panela que dejo de entregar; que fuera de los pedidos reclamaría en inicio ordinario los danos y perjuicios por mora que ha causado el señor Padilla Salinas a la sociedad demandante y finalmente pidió que se ampliase la ejecución, por la que respecta a los nuevos plazos que durante el inicio fueron venciendo, todo conforme la escritura publica de obligación. El juez estimando el documento presentado, libro el

mandamiento ejecutivo. El demandado se opuso a la ejecución, alego que no debe ninguna de las cantidades que se reclama y presento en su defensa las excepciones que estimo pertinente; posteriormente alego que el documente ostentado por la compañía no traía aparejada ejecución por tratarse de un contrato bilateral.

El actor pidió que se ampliase la ejecución por cuatrocientos quintales más de panela y la pena pecuniaria de doce mil pesos (12.000). El juez dicto sentencia a las dos de la tarde del quince de abril de 1912 declarando no admisible las excepciones alegadas por el ejecutado y ordeno seguir en la ejecución haciendo trance y remate de los bienes embargados para el pago de la deuda, ampliando la sentencia a los nuevos plazos, o sea 360 quintales de panelas correspondiente al mes de febrero y 400 quintales mas correspondiente al marzo, mas la pena pecuniaria establecida en ambos plazos; contra esta sentencia el señor Padilla Salinas interpuso recurso de apelación, y resuelto la sala de civil de la corte de apelaciones de León, dispuso: 1ro. Que no tiene derecho la sociedad López Espinosa y compañía limitada, para reclamar del demandado la entrega de la obligación principal a que se refiere la demanda y el pago de la pena.

2do. Que es ejecutivo el documento presentado, y la sociedad actora hará la presente ejecución por 360 quintales de panela que el demandado debió haberle entregado en enero de 1912, los 300 quintales correspondiente al mes de febrero y los cuatrocientos del mes de marzo del mismo ano o por el pago de 80 pesos por cada uno

de esos quintales, a la elección de la demandante. 3ro. Que cada parte soportara las costas cansadas a su institución, siendo del ejecutado las que se ocasionan en lo sucedido y 4to. Que se reserva al ejecutado el ejercicio en juicio ordinario lo ya reclamado en el presente .Ambas partes interpusieron el recurso de casación en el fondo, el que fue admitido.

Caso No. 4

Contrato Promesa de Venta

Con fecha de diez de septiembre de mil novecientos veintiuno, el señor Fernando Lacayo Sacaza celebro contrato de promesa de venta, con la señora Matilde Pasos Lacayo, en el cual se estipulo que dona Encarnación López de Sacaza, madre del señor López Sacaza y los hermanos de este, eran dueños de la sucesión de don Daniel Lacayo. Dona Encarnación como conyugue sobreviviente de la mitad de los bienes, y cada uno de los de los otros condueños de la 24va parte de estos; estando dentro de estos bienes la hacienda llamada “La California”, de la cual corresponden a la sucesión de don Daniel Lacayo 770 manzanas con 3429 varas cuadradas, del resto del terreno de la hacienda son dueños don Fernando Lacayo y su hermano don Benjamín Lacayo, por compra a don Alejandro Cousin; dicha promesa de venta incluía la totalidad de la hacienda La California, y además van incluidas 500 reses de las existentes en la hacienda, por el precio de C$37.000, obligándose don Fernando

Lacayo a entregar las escrituras de venta a dona Matilde Pasos Lacayo a mas tardar el día diez de enero de mil novecientos veintidós,, en caso de no hacerlo se obligaba a vender o ceder los derechos hereditarios del conyugue sobreviviente, sus hermanos, y los propios, del precio estipulado don Fernando Lacayo tenia recibido C$13.957, y el resto lo recibiría en cinco partidas hasta el diez de septiembre de mil novecientos veintiséis, estipulando el 1% de interés moratorio, en caso que el señor Lacayo Sacaza no entregara la escritura de venta el diez de mil novecientos veintidós en calidad de multa y por el simple retardo la cantidad de C$2.000, y en todo caso se devolveré el dinero ya pagado, el diez de septiembre de mil novecientos veintiséis, reconociendo el interés del 1% mensual desde mil novecientos veintidós hasta mil novecientos veintiséis, si por culpa de la señora Pasos de Lacayo no se otorgaba la escritura de venta el diez de enero de mil novecientos veintidós por el simple retardo en aceptar la venta, esta pagaría C$.2000 al señor Lacayo Sacaza, en calidad de multa.

Por no cumplir con el acuerdo el señor Fernando Lacayo Sacaza, fue demandado en la vía ordinaria por dona Matilde Pasos Lacayo, exigiendo la resolución de contrato y los C$2.000 de la multa, los danos y perjuicios y las costas del juicio, el demandado en su caso de contrademanda, exige el pago de los C$2.000 de multa, y alega que la señora Pasos de Lacayo, fue la primera en no cumplir por retrasarse en la primera cuota de pago, además costas, danos y perjuicios. En sentencia firme el juez resolvió rescindir el contrato, absuelve al señor

Fernando Lacayo, del pago de la multa, sin pagar la contrademanda, y no dando a lugar lo referido a las costas.

De dicha sentencia se apelo en ambas partes: por una lado en lo que refiere al pago de la multa por don Fernando Lacayo en lo que concierne a la contrademanda, y en lo referente a las costas. El tribunal de apelaciones confirmo la sentencia y cada litigante pagara sus costas en segunda instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación en el fondo el cual fue admitido por la honorable sala, al haber incumplido ambas partes de forma análoga con sus obligaciones, una con el paso de la primer cuota y el otro con la entrega de la escritura, la prueba definitiva de una carta enviada por Pasos de Lacayo al señor Lacayo Sacaza en la expresa su disposición para persistir en el contrato, y que esta tenia valor jurídico como intimación para el señor. Por esto se casa la sentencia y se declara no ha lugar la contrademanda, el señor Lacayo Sacaza debe pagar la multa de C$2.000 en cumplimiento de la cláusula penal estipulada por ambos partes, y no ha lugar a las costas.

3. ESTUDIO VALORATIVO SOBRE EL GRADO DE APLICACIÓN Y MANEJO DE LA CLÁUSULA PENAL, SOBRE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO.

A través de esta encuesta se procura obtener datos que soporten los intentos por determinar el grado de uso de la cláusula penal, como institución de garantía de las obligaciones contenidas en un contrato, así mismo las consideraciones de ellos emana sobre esta institución.

Para este estudio se recurrió método aleatorio simple, debido a la característica homogénea de los fines del estudio, utilizando la técnica cuantitativa de la encuesta, que elaboramos a base de preguntas cerradas, y de filtro, con la intención de obtener respuestas más directas y especificas. Todo esto dentro de una población de 50 personas profesionalmente activas del derecho.

4. RESULTADOS OBTENIDOS

De los cincuenta abogados encuestados, el 32% de ellos manifestó que utilizan mas la figura de la hipoteca, 20% la fianza, cláusula penal 10%, prenda 4%, todas las antes mencionadas 30%, y ninguna de las anteriores 4%

El 50% de los encuestados afirmo que la cláusula penal se establece de manera consensual, el 36% impuesta por la ley, y el 14% de manera unilateral.

Un 64% considero que la cláusula penal no proporcionaba suficiente garantid jurídica a los contratantes, y un 36% le dio crédito.

El 84% alego no conocer de casos en los que el juez haya modificado el monto de una pena, y el 16% dijo que si conocía de casos. Así mismo se logro determinar que el 58% aseguro que esa modificación era legítima, y el 48% dijo que no lo era.

El 38% considero que la cláusula penal en algún caso se ha establecido de forma abusiva, el 62% dijo no creerlo así; en este mismo sentido.

Un 24% alego que el carácter abusivo estaba relacionado con Imponer renuncia a los derechos del consumidor, el 20% con limitar el derecho de acción del consumidor, el 8% por medio de engaño, 44% todos los mencionados, y el 4% ninguno de estos.

Se conoció además que el 56% de los encuestados no consideran prescindible a la cláusula penal como institución de garantía en el cumplimiento de la obligación de un contrato, y un 44% pensó que si era importante.

Cuadro # 1

1. ¿Que medios de garantía conoce usted que se apliqué mas en los contratos civiles?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Hipoteca	16	32%
Fianza	10	20%
Cláusula Penal	5	10%
Prenda	2	4%
Todas las anteriores	15	30%
Ninguna	2	4%

Cuadro # 2

2. ¿Como se establece una Cláusula Penal en un Contrato?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Unilateral	7	14%
Impuesta por la ley	18	36%
Consensual	25	50%

Cuadro # 3

3. ¿Considera usted que la Cláusula Penal proporciona suficiente seguridad Jurídica a las partes de un contrato?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Si	18	36%
No	32	64%

Cuadro # 4

4. ¿Conoce usted casos en los que un juez competente haya modificado el monto de la pena?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Si	8	16%
No	42	84%

Cuadro # 5

5. ¿Considera legítima esa modificación?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Si	29	58%
No	21	42%

Cuadro #6

6. ¿Cree usted que la Cláusula Penal ha sido aplicada en determinada circunstancia de forma abusiva?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Si	19	38%
No	31	62%

Cuadro # 7

7. ¿En que Contrato supone usted que se identifican más las Cláusulas Abusivas?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Hipoteca	14	28%
Mutuo	11	22%
Adhesión	9	18%
Arrendamiento	7	14%
Todos los anteriores	9	18%
Ninguno	0	0%

Cuadro # 8

8. ¿Bajo que condiciones se puede volver una Cláusula Penal, abusiva?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Engaño	4	8%
Limitando el derecho de acción del consumidor_	10	20%
Imponiendo renuncia a los derechos del consumidor	12	24%
Todas las anteriores	22	44%
Ninguna	2	4%

Cuadro # 9

9. ¿Considera usted que es importante la Cláusula Penal como Institución de Garantía en el cumplimiento de la obligación de un contrato?

Concepto	Numero de personas	Porcentaje (%)
Si	22	44%
No	28	56%

CONCLUSIÓN

A través de la presente investigación se logro lo siguiente:

Abordar efectivamente aspectos generales sobre la cláusula penal, tratando de dar un enfoque mas claro y preciso que facilite la comprensión sobre dicha institución.

Identificar la naturaleza jurídica de la cláusula penal en nuestra legislación, la cual no ha sido efectivamente determinada por nuestro sector doctrinario.

Distinguir cuando una cláusula penal se convierte en abusiva, carácter que será fácil de apreciar, cuando la cláusula no se logre percibir en el contrato y no guarde proporción con el contenido acordado; así mismo que esta figura distingue mayormente en los contratos de adhesión donde las disposiciones contractuales se encuentran supeditadas a la voluntad del proveedor.

Observar que el punto esencial en que radica la eficacia de la cláusula penal, es la voluntad consensual de los proponentes, y en su caso el de los futuros contratantes, incorporada en un contrato, con el objeto de hacer efectivo el cumplimiento de una obligación.

Comprobar el grado de aplicación de la cláusula penal, como medio de garantía de parte de los profesionales del derecho, y la

opinión que ellos le refieren a la misma, así mismo la caución más se utiliza dentro del marco de las contrataciones.

BIBLIOGRAFIA

- Aguad, Alejandra/ *Los Contratos Accesorios.* Obra accedida el 26 de mayo de 2006 en http//www.etesa.gob.com

- Código Civil de Nicaragua Artos. 1985-2003 ed. 2003: Editorial Bitecsa Managua, Nic.

- Corporación Transparencia de Colombia /Apuntes en torno a algunos aspectos legales de los pactos de Integridad accedido el 20 de junio de 2006. http//www.transparenciacolombia.org.co

- Cabanellas, Guillermo/ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. XXIII ed. Buenos Aires, Argentina, 1994.

- Diccionario de Derecho Romano. Fotocopia, Sin año ni fecha de publicación: 572-573.

- Delgado, J y Parra, Maria Ángeles/ *Las Nulidades de los Contratos.* Obra accedida el 19 de junio de 2006 en http//www.caruncho–tome.com

- Fornos Escobar, Iván/ Derecho de Obligaciones 2da. ed. Editorial Hispamer Managua Nic. 2000.

- La gaceta, Diario Oficial No.205. Boletín Judicial, Managua seis de agosto de mil novecientos dieciocho.

- Marti Marti, Joaquim/ Efectos de la declaración de la cláusula penal como cláusula abusiva. Obra accedida el 15 de abril de 2006 en http//www.bufetejmarti.com

- Martínez Legall, Lindbergh, Benedit Johana, Salmerón Daniel/ Encuesta, efectuada del siete al trece de junio 2006.

- Moisset de Espanés, Luís/ *Reducción de la Cláusula Penal Por Abuso del Derecho*. Obra Accedida el 24 de mayo de 2006 en http://www.acader.unc.edu.ar

- Navas Mendoza, Azucena/ Curso Básico de Derecho Mercantil Tomo II. Editorial Universitaria Unan-León, 2004.

- Ortega Aguilar, Rafael/ Tratado Elemental de Obligaciones; recopilado por Noel A. Rivera Gadéa, Rubén Altamirano, Heverto Rodríguez Aráuz. León, Nic. UNAN 1978.

- Ossorio, Manuel/ *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,* ed. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

- Penot, Abeledo/ Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª ed. Ampliada y actualizada. Buenos Aires Argentina.

- Revista de la Facultad de Ciencias Económicas-No.3 Segundo semestre ano 2004. Obra obtenida en http//www.lafacul.com, accedido el 13 de abril de2006

- Sanz Viola, Ana/*La cláusula penal en el Código Civil Argentino*. Obra obtenida en http//www.premium.vlex.com, accedido el 20 de marzo de 2006.

ANEXOS

ENCUESTA

Somos Egresados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNAN-LEÓN, estamos efectuando un estudio que tiene por objeto:
"DETERMINAR EL GRADO DE EFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS CIVILES"

1. ¿Que medios de garantía conoce usted que se apliqué mas en los contratos civiles?

a) Hipoteca___
b) Fianza___
c) Cláusula penal___
d) Prenda___
e) Todas las anteriores___
f) Ninguno___

2. ¿Como se establece una Cláusula Penal en un Contrato?

a) De forma unilateral___
b) Impuesta por la ley___
c) De manera consensual___

3. ¿Considera usted que la Cláusula Penal proporciona suficiente seguridad Jurídica a las partes de un contrato?

Si___ No___

4. ¿Conoce usted casos en los que un juez competente haya modificado el monto de la pena?

Si___ No___

5. ¿Considera legítima esa modificación?

Si___ No___

6. ¿Cree usted que la Cláusula Penal ha sido aplicada en determinada circunstancia de forma abusiva?

Si___ No___

7. ¿En que Contrato supone usted que se identifican más las Cláusulas Abusivas?

a) Hipoteca___ d) Arrendamiento___
b) Mutuo___ e) Todos los anteriores___
c) Adhesión___ f) Ninguno___

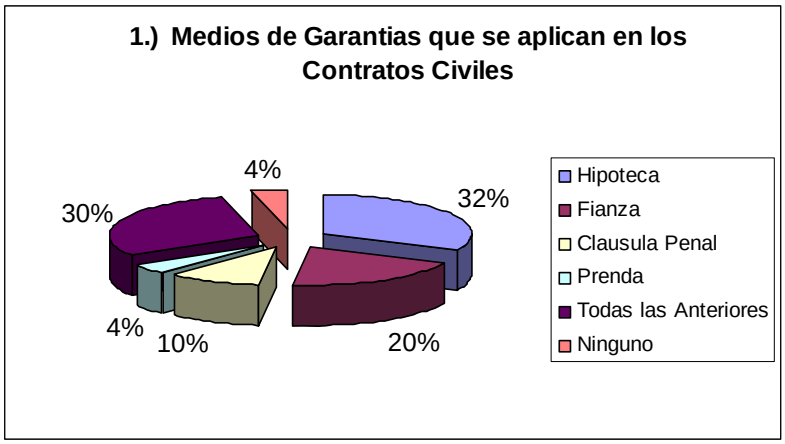
8. ¿Bajo que condiciones se puede volver una Cláusula Penal, abusiva?

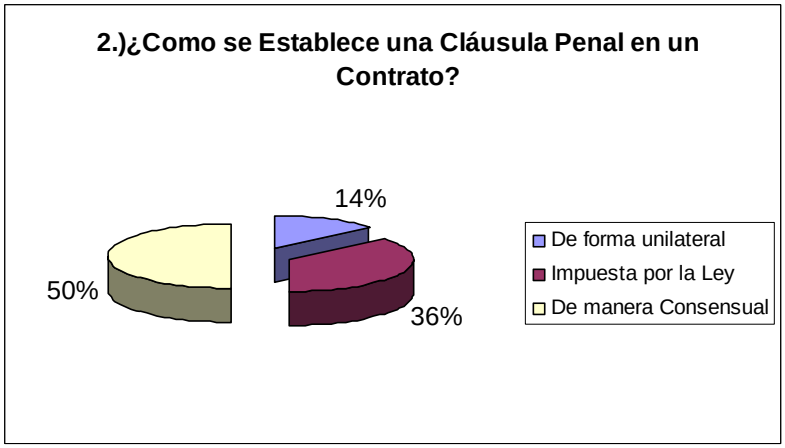
a) Engaño___
b) Limitando el derecho de acción del consumidor___
c) Imponiendo renuncia a los derechos del consumidor___
d) Todas las anteriores___
e) Ninguna___

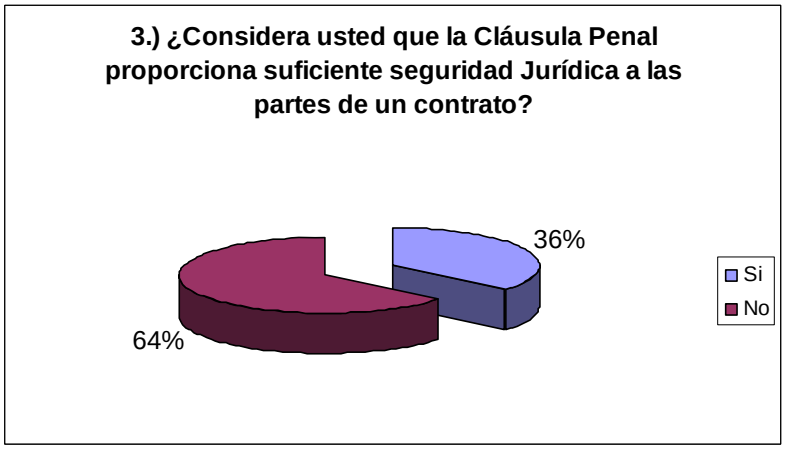
9. ¿Considera usted que es importante la Cláusula Penal como Institución de Garantía en el cumplimiento de la obligación de un contrato?

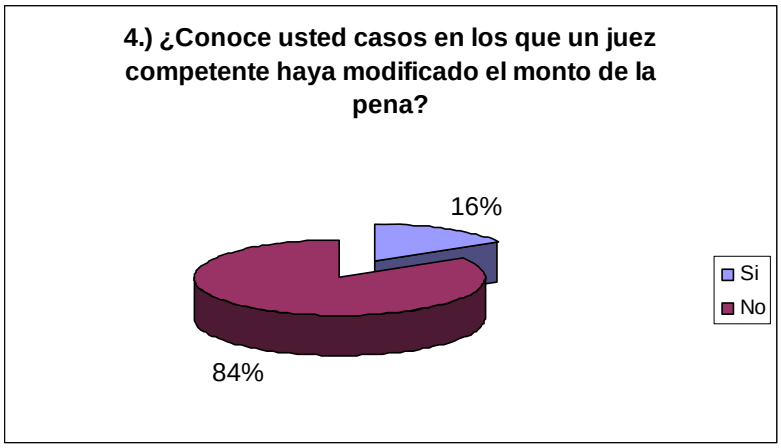
Si___ No___

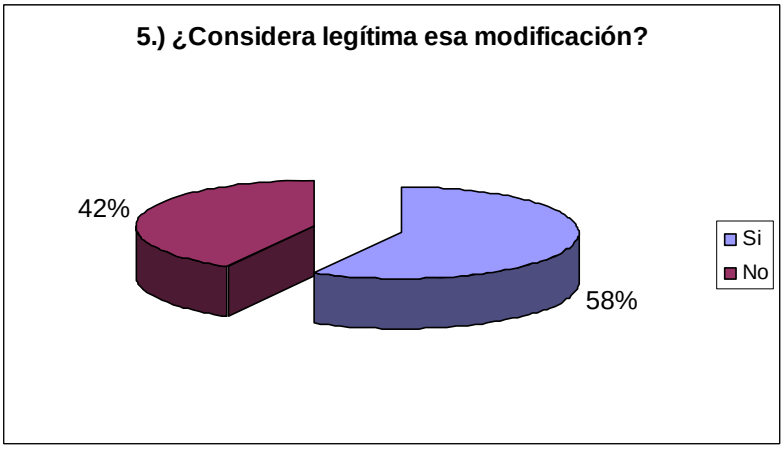
GRÁFICAS

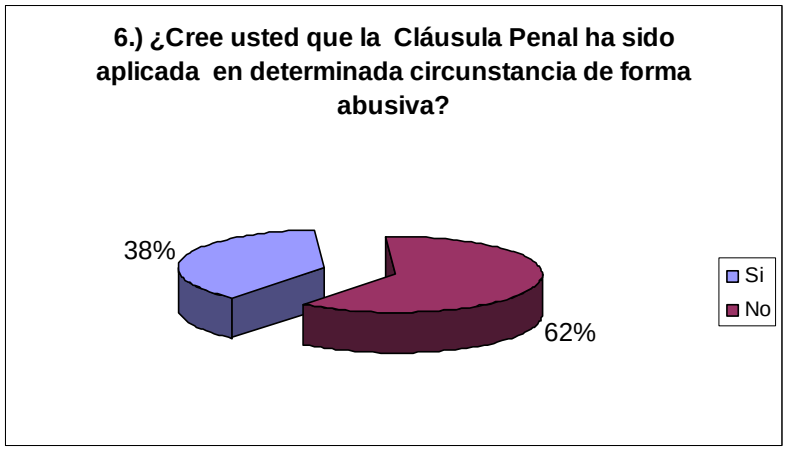

1.) Medios de Garantias que se aplican en los Contratos Civiles
4%
32%
30%
4%
10%
20%
Hipoteca
Fianza
Clausula Penal
Prenda
Todas las Anteriores
Ninguno

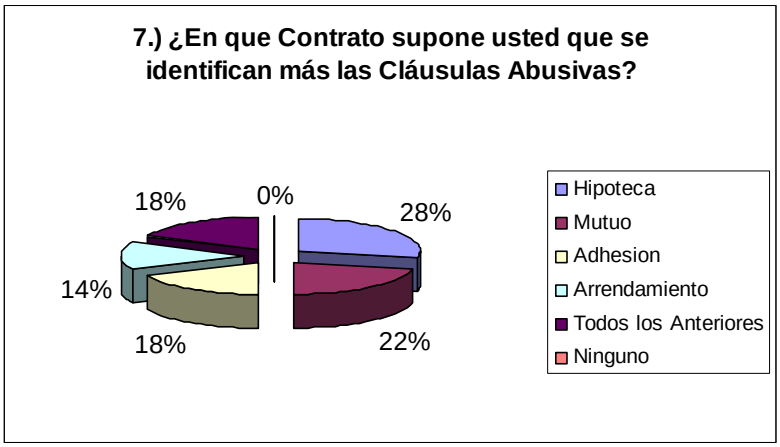

2.)¿Como se Establece una Cláusula Penal en un Contrato?
14%
50%
36%
De forma unilateral
Impuesta por la Ley
De manera Consensual

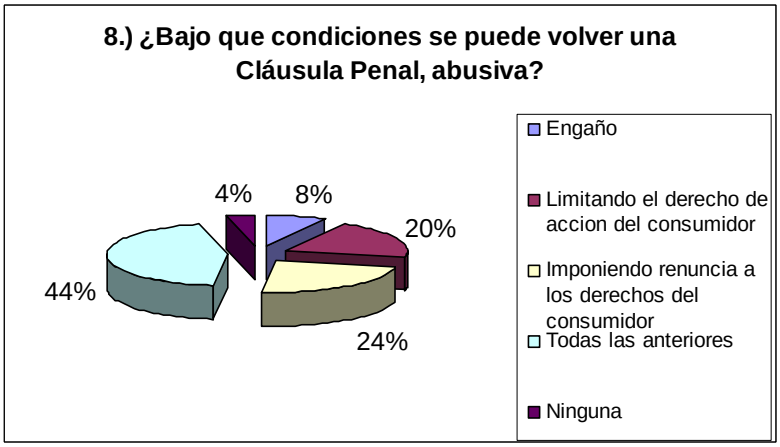

3.) ¿Considera usted que la Cláusula Penal proporciona suficiente seguridad Jurídica a las partes de un contrato?
36%
64%
Si
No

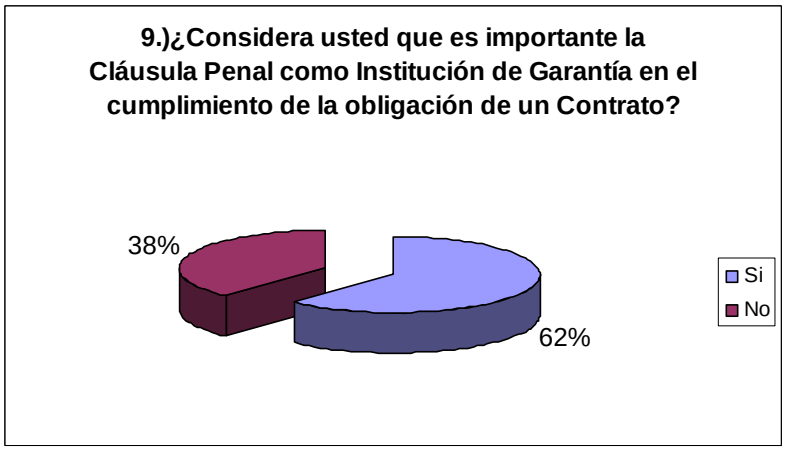

4.) ¿Conoce usted casos en los que un juez competente haya modificado el monto de la pena?
16%
84%
Si
No


5.) ¿Considera legítima esa modificación?
42%
58%
Si
No


6.) ¿Cree usted que la Cláusula Penal ha sido aplicada en determinada circunstancia de forma abusiva?
38%
62%
Si
No


7.) ¿En que Contrato supone usted que se identifican más las Cláusulas Abusivas?
18%
0%
28%
14%
18%
22%
Hipoteca
Mutuo
Adhesion
Arrendamiento
Todos los Anteriores
Ninguno


8.) ¿Bajo que condiciones se puede volver una Cláusula Penal, abusiva?
4%
8%
20%
44%
24%
Engaño
Limitando el derecho de accion del consumidor
Imponiendo renuncia a los derechos del consumidor
Todas las anteriores
Ninguna


9.)¿Considera usted que es importante la Cláusula Penal como Institución de Garantía en el cumplimiento de la obligación de un Contrato?
38%
62%
Si
No

JUZGADO PRIMERO DE DISTRITO CIVIL Y LABORAL. Chinandega, agosto veintidós del año dos mil uno. Las diez y diez minutos de la mañana.

VISTOS RESULTAS:

Por escrito presentado por la Licenciada Zela Flores, quien es mayor de edad, casada, abogado y de este domicilio, a las tres y cincuenta minutos de la tarde del doce de Julio del corriente año, compareció exponiendo: Que es Apoderada General Judicial del BANCO INTERCONTINENTAL, SOCIEDAD ANÓNIMA (INTERBANK, S.A), tal como lo demuestra con Testimonio de Poder General Judicial otorgado en la ciudad de Managua, a las cinco de la tarde del siete de Abril de mil novecientos noventa y siete, ante los oficios notariales del Doctor Francisco López Pérez y que se encuentra inscrito bajo el Numero Diecinueve Mil Doscientos Noventa y Nueve, paginas Doscientos Noventa y Uno/ Doscientos Noventa y Siete, Tomo doscientos veintidós del Libro Tercero de Poderes del Registro Publico Mercantil y con Constancia extendida por la Junta Liquidadora de INTERBANK, mediante la cual ratifican el Poder antes relacionado. Que su Representado el BANCO INTERCONTINENTAL, S.A (INTERBANK), mediante Escritura Numero Ciento Seis, autorizada en esta ciudad a las nueve de la mañana del veintidós de Marzo del año dos mil, ante sus oficios notariales, inscrita bajo el Numero 18.189, Asiento 4º, Folios 180, 189 y 195, del Tomo 10, Sección de Hipotecas del Libro de Propiedades del Registro Público de la Propiedad del Departamento de Chinandega, otorgó un Préstamo a don JOSÉ ARMANDO RIVAS HERNÁNDEZ quien es mayor de edad, casado, comerciante y de este domicilio, por la suma de DIEZ MIL DÓLARES AMERICANOS, a un plazo de veinticuatro meses, con una tasa de interés del diecinueve por ciento anual sobre saldo y con un interés moratorio del veinticinco por ciento (25%) adicional al interés corriente, pagadero dicho préstamo mediante cuotas mensuales consecutivas de Quinientos Cuatro Dólares con nueve centavos de Dólar (US$ 504.09) cada una; Que en garantía de dicho Crédito don JOSÉ ARMANDO RIVAS HERNÁNDEZ y doña ROSA JULIA RIOS ROSALES documento base de Ejecución y la Certificación Registral donde consta la vigencia de la Hipoteca, habiendo las partes renunciados a

los Tramites del Juicio Ejecutivo Corriente. II. Que dentro del presente juicio, la parte demandada o ejecutada, fue requerida de pago el día veintitrés de Julio del corriente año, mediante actas de Requerimiento de las tres y cincuenta minutos de la tarde para el Señor JOSÉ ARMANDO RIVAS HERNÁNDEZ a las cuatro de la tarde la señora ROSA JULIA RÍOS ROSALES quienes al ser requeridos de pago, no pagaron, ni se reservaron el derecho de efectuar y hacer valer sus derechos en Juicio Ordinario, de conformidad a lo que establece el Arto 1831 Pr. III. Que los juicios de esta naturaleza se encuentran reglamentados en el Arto. 1829 Pr., y siguientes, por lo que tienen un procedimiento en el que los ejecutados pierden la oportunidad de oponerse, no admiten reclamación alguna que lo haga contencioso, por lo que no puede detenerse ni suspenderse el procedimiento. La ley trata de hacer efectivo un derecho contra los bienes hipotecarios, facultando el Acreedor a prescindir de la obligación personal cuando resulta incumplida y lo manda a cobrar directamente con el valor de los bienes hipotecados, siendo la Hipoteca una garantía que ha de hacerse efectiva, pues confiere al acreedor un derecho sobre el bien hipotecado y al deudor la única opción que tiene para hacer valer sus derechos, es RESERVÁNDOSE LA VIA ORDINARIA al arto. 1831 Pr., quien discutirá sus derechos conforme al Arto. 3791 C., una vez realizada la venta judicial, sin que esto afecte la firmeza de la venta efectuada a favor de un tercero. IV. Que si bien es cierto, las Excepciones opuesta por uno de los Ejecutados y que están fundamentadas en el Arto. 1737 Pr., incisos 2), 4), 7), no son objeto de análisis de conformidad a lo establecido, que la Excepción que se refiere a la Falta de Capacidad del Demandante o personería o representación legal del que comparezca en su nombre, numeral (2) del Arto. 1737 Pr., alegada por el Ejecutado con el fundamento de que el Poder otorgado a la Ejecutante no es suficiente porqu7e no fue ratificado en Escritura Pública por la Junta Liquidadora de INTERBANK; al respecto es menester señalar; que esta representación legal de la Ejecutante, está amparada en un documento público (Escritura Pública), en la que el BANCO INTERCONTINENTAL, SOCIEDAD ANÓNIMA (INTERBANK), le otorga esa facultad a su Mandatario, ya que el mismo sigue existiendo como persona jurídica y

en ningún momento ha revocado el poder que le fue otorgado a la Licenciada ZELA PORRAS DÍAZ ni un sustituto en otra persona, por lo que surte todo los efectos de ley, debiendo rechazarse dicha Excepción por Improcedente, por no tener cabida, como por la clase de juicio en que se ha expuesto, al igual que deben rechazarse por Improcedente las otras Excepciones opuestas y que se refieren a los incisos 4) y 7) del Arto. 1737 Pr., debiendo procederse a Rematar en República Subasta el Inmueble dado en Garantía Hipotecaria. POR TANTO: De conformidad a las consideraciones hecha y Artos. 1829, 1831, 77, PR., 3790, 3791, 3357, 3349, 3350 C., la suscrita Juez, RESUELVE: I. Por su Notoria IMPROCEDENCIA, NO HA LUGAR A LAS EXCEPCIONES OPUESTAS POR EL EJECUTADO SEÑOR JOSÉ ARMANDO RIVAS HERNÁNDEZ y sígase adelante la Ejecución. II. En el local de este despacho, a las nueve de la mañana del día Once de Septiembre del corriente año SUBÁSTESE el Inmueble urbano ubicado en el Barrio El Calvario de esta ciudad, el cual mide trece varas de frente a la calle por sesenta y dos varas de fondo, comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte: Yolanda Hernández de Osorio; Sur: Francisco Parada, antes de Teodoro y Santos Tercero; Oriente: solar de Toribio Castillo; Poniente: calle en medio, Santiago Romero, la que se encuentra inscrita bajo el Número DIECIOCHO MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE, ASIENTO CUATRO, FOLIOS CIENTO SETENTA Y SEIS Y CIENTO SETENTA Y SIETE. DEL TOMO DIEZ, Sección de Derechos Reales del Registro Público de la Propiedad Inmueble de este Departamento, a nombre de los señores JOSÉ ARMANDO RIVAS HERNÁNDEZ y ROSA JULIA RÍOS ROSALES y que fue dado en Garantía Hipotecaria a favor del BANCO INTERCONTINENTAL, SOCIEDAD ANÓNIMA (INTERBANK), por un crédito que les fue otorgado. III. Fijase como base de las Posturas la cantidad de DIEZ MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO DÓLARES, CON SIETE CENTAVOS DE DÓLAR, que es el saldo vencido a la fecha señalada, de conformidad a lo establecido en las cláusulas sexta y séptima del documento base de ejecución, más las costas legales. IV. Publíquese esta Subasta por Carteles que deben fijarse en la Tabla de Avisos de este Juzgado, así como en la del Juzgado Segundo del Distrito Civil y Laboral de

esta ciudad y otro por tres días consecutivos en un Diario de Circulación Nacional o en el Diario Oficial “La Gaceta”, debiendo mediar entra la última publicación y la Subasta, al menos cuatro días. Agréguense a los autos loa ejemplares en que aparezca publicado el Cartel. CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

COPIADO BAJO EL ACTA Nº 191, PÁGINAS 113, 114, 115, 116, 117, 118 DEL TOMO 75 DEL LIBRO COPIADOR DE SENTENCIAS QUE SE LLEVA EN EL CORRIENTE AÑO. Chinandega, Agosto, veintitrés del año dos mil uno.

JUZGADO PRIMERO DE DISTRITO CIVIL Y LABORAL.

Chinandega, Enero veintitrés del año dos mil cuatro. Las diez de la mañana.

VISTOS RESULTAS:

Por escrito presentado por el señor Julián Elías Gonzáles Cisneros, a las cuatro y cuarenta y cinco minutos de la tarde del día trece del año dos mil dos, compareció el mismo, quien es mayor de edad, casado Agricultor y de este domicilio y expuso: Que actúa en su calidad de Representante Legal y Presidente de la COOPERATIVA DE CRÉDITO Y SERVICIO AMIGOS DE LEVERKUSEN. R. L., representación que demostraba con certificación extendida por la LICENCIADA SONIA RIVERA directora del Registro Nacional de Cooperativas del Ministerio del Trabajo, la que se encuentra plenamente acreditada en diligencias de Embargo Preventivo decretado por esta Autoridad a las nueve y doce minutos de la mañana del día ocho de Agosto de ese año y ejecutado por el Juez Local de Crimen de este Municipio Suplente a las once y trece minutos de la mañana del nueve de Agosto del mismo año. Pidió se le concediera la intervención que en derecho corresponde y en las calidades que ostenta. Que el señor SIXTO MARCELINO PARADA MÉNDEZ mayor de edad, soltero, Agricultor y de domicilio, son en deberle a su representada, ya mencionada, la cantidad de TRES MIL SETECIENTOS CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, los que se fueron concedidos para la siembra de Maíz, Chilote y otros productos agrícolas. Lo antes expuesto lo demostraba con escritura publica numero nueve de MUTUO CON GARANTÍA DE PRENDA AGRARIA, suscrita en esta ciudad a las tres y cuarenta minutos de la tarde del once de enero del año dos mil uno, ante los oficios notariales del Licenciado Julián Elías González Cisneros y que acompañaba a su demanda. El plazo estipulado para la cancelación del mencionado crédito era de cinco meses contados a partir de la suscripción del mencionado contrato, es decir que

debió ser pagado el día cinco de junio del año pasado, reconociendo además un interés mensual del uno punto cinco por ciento mensuales, el cual seria cancelado con el Principal. El principal del mutuo asciende a DOS MIL DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, pero sumado los intereses corrientes pactados, mas los intereses moratorios la suma se eleva a la cantidad reclamada, es decir que son TRES MIL SETECIENTOS CINCO DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. En múltiples ocasiones y en su calidad ya mencionado requirió amistosamente al Señor PARADA MÉNDEZ, la capacitación total del mutuo pero este a omitido su petición, mostrándose en algunas ocasiones violento por el hecho de haberle cobrado y por temores que el deudor de mi representada de alguna manera dejara irresoluto sus obligaciones pendientes y anteriormente relacionado, que enajene y de cualquier otra manera disponga de sus bienes personales procedió a solicitar su Embargo Preventivo en bienes propios del deudor, el cual fue decretado y ejecutado. Por lo anteriormente expuesto comparecía ante esta autoridad demandando como en efecto demanda y en la calidad de Representante legal y Presidente de la COOPERATIVA DE CRÉDITO Y SERVICIOS AMIGOS DE LEVEKUSIS, al señor SIXTO MARCELINO PARADA MÉNDEZ en la vía Ejecutiva y con acción de Pago hasta por la suma de TRES MIL SETECIENTOS CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, mas una tercera parte de dicha cantidad para responder por las costas judiciales que ocasionara la presente ejecución. Pidió que el ejecutado fuere requerido de pago por esta Autoridad competente ya fuera de manera personal por medio de cedula y en caso de no pagar dejare señalado lugar para oír notificaciones en esta ciudad, so pena de notificarle las providencias por el solo transcurso de las veinticuatro horas. Solicito que previo todo trámite se dictara a las partes a Trámite de Mediación, se despachara mandamiento de Ejecución en contra del demandado. Pido se tuviera por bonificado el

Embargo Preventivo ya relacionado, el que recayó sobre una finca propiedad del demandado, su parte indivisa que tiene un área de tres manzanas ubicada dentro de los siguientes linderos especiales: NORTE: Hacienda El Palomar, SUR: Carretera Los Millonarios, ESTE: Julián González, y OESTE: Marlos José Murillo Herrera. La que contiene una casita construida de Plásticos y diferentes palos frutales. Señalo oficina en esta ciudad para oír notificaciones. Por auto de las diez de la mañana del quince de Agosto del año dos mil dos, se tuvo como Representante Legal y Presidente de la COOPERATIVA DE CRÉDITO Y SERVICIOS AMIGOS DE LEVEKUSIS, al señor Julián Elías Cisneros dándosele toda la intervención de Ley que en derecho corresponde. Y de conformidad a la L.O.P.J., se convoco a las partes para el Tramite de Mediación, el cual no se celebro por no comparecer el Actor Posteriormente y a petición del demandante se despacho Ejecución en contra del señor PARADA MÉNDEZ, previniéndosele al mismo que en caso de no pagar en dicho acto, el embargo Preventivo ejecutado a las once y trece minutos de la mañana del día nueve de Agosto de aquel año, por el Juez Local del Crimen Suplente de Chinandega, se tendrá como Embargo Ejecutivo, así mismo se le previno que tenia el Termino de tres días para deducir oposición y señalar la dirección en esta ciudad para subsiguientes notificaciones, apercibiéndose que las posteriores serian por el solo transcurso de las veinticuatro horas, se ordeno se librara el mandamiento de Ley. Rola en autos dicho Mandamiento y Acta de Requerimiento. Por escrito de las cuatro y cuarenta minutos de la tarde del día treinta de Septiembre del año dos mil dos, compareció el Señor SIXTO MARCELINO PARADA MÉNDEZ, oponiéndose al Requerimiento de pago, efectuado contra su persona y con fundamento legal en el Arto. 1737 Pr., oponiendo a la demanda Ejecutiva ordinaria las siguientes Excepciones. A) Falta de representación Legal del Señor Julián Elías González Cisneros. B) Igualmente la Excepción de Ineptitud de libelo. C)

Excepción del pago de la deuda. D) Excepción de concesión de espera o la prorroga del plazo y E) Excepción de falta de algunos de los requisitos condiciones establecidas por las leyes, las que fueron fundamentadas por el demandado, pidió se le mandara a oír a la parte actora y de no allanarse a las mismas se abriera a Pruebas para la demostración de excepción por el Opuestas. De la oposición se comunico traslado al Ejecutante durante el término de cuatro días. Traslado que fue adecuado por el actor alegando lo que tuvo a bien. Se abrió a pruebas por diez días la oposición. La parte actora porto prueba testifical, la parte demanda, documentales e inspección ocular Judicial, inspección que fue denegada por extemporánea. De la prueba documental rendida por el demandante fue impugnada por la contraria. El actor presento Pruebas Documental a su favor. Y no tramitación del trámite que llenar. SE CONSIDERA: I. Que previo a la tramitación del presente juicio, se procedió a cumplir con lo establecido en el Arto 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. II. Que las voces del arto. 1684 Pr. JUICIO EJECUTIVO es aquel en que su acreedor con titulo legal persigue a su deudor moroso, o en el que se pida el cumplimiento de un acto por instrumento que, según la ley, tiene fuerza bastante para el efecto. Es así que son cinco los elementos que deben concurrir para que proceda el Juicio Ejecutivo, tales son: A) Acreedor cierto, B) Deudor cierto, C) Deuda cierta, liquida exigible, D) Mora del deudor y E) Documento indubitado o titulo Ejecutivo. Que al examinarse el documento base de la presente Ejecución, este consiste en un Testimonio de Escritura numero nueve (9) de Mutuo con Garantía Prendaría, suscrita en esta ciudad de Chinandega a las tres y cuarenta minutos de la tarde del once de Enero del año dos mil uno suscrita ante los oficios del Notario Miguel Antonio Fuentes Mendoza, documento por el cual el Ejecutante JULIÁN ELÍAS GONZÁLEZ CISNEROS en su calidad de representante legal y Presidente de la Cooperativa de Crédito y Servicio Amigos de Leverkusen R.L., le otorga a SIXTO

MARCELINO PARADA MÉNDEZ, un crédito hasta por la suma de DOS MIL DÓLARES AMERICANOS, equivalentes en ese momento a la cantidad de veintiséis mil córdobas, cantidad de dinero otorgada para la siembra de maíz y cosechas de chilotes y la cual seria cancelada en un plazo no mayor de cinco meses a partir de la fecha de suscripción del documento. Documento que de conformidad al Arto. 1685 Pr., inciso 1, presta merito ejecutivo, por lo que se procedió posteriormente a despachar ejecución y requerir de pago a la parte demandada, lo que se hizo mediante Acta de las ocho y veinte minutos de la mañana, del día veintiséis de Septiembre del año dos mil dos y de manera personal, por el señor Juez Suplente Local Civil de Chinandega. III. Que al habérsele otorgado al Ejecutado el termino legal de oposición, éste hizo uso de dicho termino y se opuso con fundamento en el Arto. 1737 Pr. Excepcionando: La Falta de Representación Legal del Señor Julián Elías González Cisneros, la Ineptitud de Libelo, la excepción del Pago de la Deuda, Concesión de Esperas o Prorroga del Plazo, y Falta de alguno de los requisitos o condiciones establecidos por las leyes para que dicho documento tenga fuerza ejecutiva. Que al examinar el escrito de Oposición y lo establecido en el Arto.1739 Pr., el que textualmente dice en su primera parte: “Todas las excepciones deberán oponerse en un mismo escrito, expresando con claridad y precisión los hechos y los medios de prueba de que el deudor intenta valerse para acreditarlas…”, esta Autoridad considera que la parte Ejecutada no cumplió con esta disposición legal, pues al oponerse no señaló ningún medio de prueba para demostrar las Excepciones opuestas. Respecto a lo que establece el Arto. 1739 Pr., es criterio de la Corte Suprema de Justicia del examen de esta disposición, se infiere que son tres las exigencias que ella establece en cuanto al modo de oponer las Excepciones: 1) Deben oponerse en un mismo escrito, 2) El ejecutado debe expresar con claridad y precisión los hechos en que funda sus excepciones y 3) El Deudor debe expresar

con claridad y precisión los medios de prueba de que intenta valerse (B:J: 1953, pag. 16445 Cons. I in fine). Así mismo debe señalarse que en sentencia de las diez y treinta minutos de la mañana del veintidós de Septiembre de mil novecientos sesenta y uno (B:J: 1961, Pág. 20630 Cons. II) nuestro Supremo Tribunal sostiene: “La índole del procedimiento ejecutivo así lo requiere, porque es un juicio breve por su naturaleza, en que a diferencia del declarativo, no se trata de declarar derechos dudosos y controvertidos, sino de llevar a efecto lo que conste en un Titulo que por si mismo hace plena prueba y en que compete al Juez con vista en la demanda y en la oposición, resolver sobre la procedencia de las Excepciones que se hubieren alegado dentro del termino solamente y sin hacer caso de las otras que se adujeren con posterioridad, que no pueden impedir el pronunciamiento de la sentencia de remate, ni cabe otra prueba por parte del ejecutado que la propuesta al formalizar la oposición”. En el caso de autos, la parte Ejecutante opuso las Excepciones que ya dejaron señalada, sin precisar con exactitud los medios de prueba que utilizaría para cada una de las excepciones opuestas, asi consta en el escrito de oposición que rola en los folios del 20 y 21 del proceso. Que sin embargo al haber opuesto el Ejecutado las Excepciones de FALTA DE REPRESENTACIÓN LEGAL DEL EJECUTANTE, es obligación de esta Judicial examinar la personería legitima del que actúa y consta en autos la Certificación extendida por la Directora del Registro Nacional de Cooperativas del Ministerio del Trabajo, en el que el Señor JUAN ELÍAS GONZÁLEZ CISNEROS, es el Presidente de la Cooperativa de Créditos y de Servicios, amigos de Leverkusen, R.L., documento que tiene todo el valor legal para acreditar su representación. POR TANTO: En base a las disposiciones citadas y artos: 413, 416, 424, 1684, 1737, 1739 Pr. y siguientes del Pr. El suscrito Juez, RESUELVE: I. No ha lugar a la oposición formulada por el Ejecutado Señor SIXTO MARCELINO PARADA MÉNDEZ, dentro del juicio

EJECUTIVO CORRIENTE CON ACCIÓN DE PAGO, promovido en su contra por la COOPERATIVA DE CRÉDITO Y SERVICIO AMIGOS DE LEVERKUSEN R.L., representada por el Señor JULIÁN ELÍAS GONZÁLEZ CISNEROS, consecuencia, sígase adelante la Ejecución hasta vender en Publica subasta los bienes que fueron embargados mediante Acta de las once y trece minutos de la mañana del nueve de Agosto del año dos mil dos. III. Condénese en costas al Ejecutado. CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

Copiado bajo el Acta No (26) Pag. 37, 38, 39, 40, 41. Tomo No 83, del Libro Copiador de Juicios Contencioso. Chinandega, veintitrés de Enero del Año dos mil cuatro.

En la ciudad de Chinandega, a las diez y treinta y cinco minutos de la mañana del día trece de Febrero del año dos mil cuatro, notifíquese personalmente la Sentencia que antecede, al Señor en su calidad con que actúa, leyéndosele íntegramente en secretaria de este despacho, quien entendió de su contenido y a petición de parte interesada entregue Cedula Judicial con inserción de su cabeza y parte resolutiva y firma.

En la ciudad de Chinandega a las tres y cuarenta y cinco minutos de la tarde del día trece de febrero del año dos mil cuatro, notifíquese la sentencia que antecede al Señor SIXTO MARCELINO PARADA MÉNDEZ por medio de Cédula que con recensión integra de su cabeza y parte resolutiva, la que dije en la oficina del Dr. Rodolfo Chávez Gómez, y en manos de la señora Silvia Chávez, quien ofreció entregarla y se excusa firmar por costar visualizar.

BOLETIN JUDICIAL DE LA GACETA
ORGANO DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

República de Nicaragua, Centro América

AÑO VI - MANAGUA, 15 DE SEPTIEMBRE DE 1918 - NUM. 205

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Managua, seis de agosto de mil novecientos diez y ocho. Las doce meridianas.

VISTOS,
RESULTA:

I

El doctor FRANCISCO LOPEZ GARCIA, como apoderado de la SOCIEDAD LOPEZ ESPINOSA Y COMPAÑIA LIMITADA, con domicilio en la ciudad de Jinotega, se presentó ante el Juez de lo Civil del Distrito de aquella ciudad, demandando en la vía ejecutiva al señor GREGORIO PADILLA SALINAS, mayor de edad, soltero, agricultor y de aquel domicilio, para que se le obligue a entregar a la Compañía actora, la cantidad de trescientos sesenta quintales de panela, propia para la elaboración de aguardiente, en la fábrica que tiene establecida en aquella ciudad, entrega que correspondía al mes de enero de 1912; pidió, además que se obligase al demandado al pago de DIEZ MIL OCHOCIENTOS PESOS, MONEDA CORRIENTE, que debe por vía de multa, a razón de TREINTA PESOS por cada quintal de panela que dejó de entregar; que fuera de lo pedido, reclamaría en juicio ordinario los daños y perjuicios que por la mora ha causado el señor PADILLA SALINAS a la Sociedad demandante; y finalmente pidió que se ampliase la ejecución por lo que respecta a los nuevos plazos que durante el juicio fueron venciendo, todo conforme a la escritura pública de obligación, que al intento acompaña el actor, quien también presentó la escritura de sociedad de los señores LOPEZ Y ESPINOSA y el poder que acredita su representación.

II

El Juez, estimando ejecutivo el documento presentado, proveyó de conformidad con lo pedido y libró el mandamiento ejecutivo. El demandado se opuso a la ejecución, alegó que no debe ninguna de las cantidades que se le reclaman, y presentó en su defensa las excepciones de nulidad de la obligación, de falta de representación legal del señor JOSE FRANCISCO ESPINOSA, de falta de requisitos de la escritura para tener fuerza ejecutiva; y la de ineptitud del libelo de demanda. Del escrito de oposición se dio traslado al actor, quien contestó lo que tuvo por conveniente. Posteriormente el demandado por medio de su apoderado, Notario don VICTOR NOGUERA, expuso al Juez que el documento ostentado por la Compañía, no traía aparejada ejecución, porque se trataba en él de un contrato bilateral, una vez que PADILLA SALINAS se obligó a entregar la panela en cambio del pago que de esa especie le haría la Sociedad actora, y que como ésta no hubiese cumplido, entiende que no le asiste ningún derecho para exigir la entrega de la panela. La causa se abrió a prueba, y dentro del término, el apoderado del demandado hizo la reserva de hacer valer sus derechos en juicio ordinario. Con fecha 1º de abril del mismo año de 1912, el actor pidió que se ampliase la ejecución por cuatrocientos quintales más de panela y la pena pecuniaria de DOCE MIL PESOS. El Juez dictó sentencia a las dos de la tarde del 15 de abril de 1912, declarando: que no son admisibles las excepciones alegadas por el ejecutado; que se siga adelante la ejecución contra el señor GREGORIO PADILLA SALINAS, haciéndose trance y remate de los bienes embargados para el pago de la deuda, ampliando la sentencia a los nuevos plazos, o sea a trescientos sesenta quintales de panela correspondientes al mes de febrero, y cuatrocientos quintales más correspondientes al mes de marzo, con más la pena pecuniaria establecida en ambos plazos,

dejando a salvo los derechos de las partes para intentar, el actor su acción por daños y perjuicios, y el demandado, por sus acciones y excepciones.

III

Antes de dictarse por el Juez la sentencia mencionada en el resultando anterior, fueron tramitadas las diligencias de apremio. En ellas consta que fue requerido el deudor para que pagase la panela y el dinero de la multa; y habiendo contestado que no debe nada, el actor pidió que por peritos se justipreciase la panela, y así se decretó por el Juez, teniendo por perito al señor SALOME RIZO por parte del actor, y al señor JOSE MARIA RIVERA, nombrado de oficio, en rebeldía del reo, por parte de éste. Los peritos dieron su dictamen de entero acuerdo, estimando cada quintal de panela en CUARENTA PESOS BILLETES NACIONALES, según se ve en el acta de 2 de marzo de 1912, avalúo que fue aprobado por el Juez en auto de 7 del mismo mes. El reo impugnó la prueba pericial, por decir que aun no estaban resueltas las excepciones que opuso en tiempo, y solicitó que se declarase nula tal prueba; abierto el incidente sobre ese punto, el actor pidió que se desechase la pretensión del reo; el Juez en sentencia de las cuatro de la tarde del 5 de marzo del año citado 1912, declaró sin lugar la solicitud de nulidad alegada y condenó en las costas al perdidoso. Interpuesto por éste el recurso de apelación, fue negado por el Juez, en razón de que según dijo: el avalúo que fue impugnado de nulo y que dio lugar a la resolución motivo del recurso, es un auto de puro trámite. El señor PADILLA SALINAS ocurrió de hecho ante la Sala de lo Civil de la Honorable Corte de Apelaciones de León, la cual despachó la orden correspondiente para la remisión de los autos. El Juez de la causa, con fecha 10 de abril del mismo año 1912, a las cuatro de la tarde, dictó un auto mandando cumplir la orden de la Sala y ordenando la remisión de los autos, con el informe de ley, providencia que el día siguiente fue notificada a las partes. Llegado el expediente a la Sala, ésta dictó sentencia a las diez y cuarto de la mañana del 24 de junio del año tantas veces citado 1912, disponiendo allí que es improcedente el recurso de hecho interpuesto, y que se devuelvan los autos al Juez de su origen, para que lleve adelante su providencia.

IV

Contra la sentencia definitiva dictada por el Juez a las dos de la tarde del 15 de abril de 1912, a la cual alude el resultando II, el señor PADILLA SALINAS interpuso recurso de apelación; y resuelto por la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de León, dispuso en sentencia de las diez de la mañana del 26 de mayo de 1913: 1º que no tiene derecho la SOCIEDAD LOPEZ, ESPINOSA Y COMPAÑIA LIMITADA, para reclamar conjuntamente de don GREGORIO PADILLA SALINAS la entrega de los quintales de panela a que se refiere la demanda y el pago de la pena de TREINTA PESOS por cada quintal de la misma; 2º que es ejecutivo el documento presentado, y la Sociedad actora Coutin hará la presente ejecución, por los trescientos sesenta quintales de panela que PADILLA SALINAS debió haberle entregado en el mes de enero de 1912, los trescientos correspondientes al mes de febrero, y los cuatrocientos del mes de marzo del mismo año, o por el pago de TREINTA PESOS por cada uno de esos quintales, a elección de la misma demandante; 3º que cada parte soportara las costas causadas a su instancia, siendo del ejecutado las que se ocasionen en lo sucesivo; y 4º que se reserva al ejecutado el ejercicio en juicio ordinario de las acciones o excepciones que no se refieran a la existencia de las obligaciones reclamadas en este juicio. Las partes interpusieron el recurso de casación en el fondo, fundándose el demandado en siete causales del artículo 2057 Pr.; y señaló como infringidas varias disposiciones que a su juicio no fueron aplicadas al estimar la Sala las excepciones que opuso en la contestación de la demanda. El actor citó las mismas causales, apoyándose en otras disposiciones legales que juzgó infringidas y erróneamente interpretadas. Admitido el recurso subieron los autos al conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia, en donde se personaron como mandatario del actor y del reo,

respectivamente, los abogados don RAMON CASTILLO C. y don FRANCISCO PANIAGUA PRADO, quienes tuvieron la audiencia de ley, dictándose por este Supremo Tribunal la sentencia de las doce meridianas del 8 de abril de 1915, que en su parte final dice: "1º. Se declara nulo con nulidad absoluta el juicio de que se ha hecho mérito, desde el auto de las cuatro de la tarde del diez de abril de mil novecientos doce, exclusive, dictado por el Juez de Distrito de Jinotega, en el cual manda cumplir el provisional de la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de León, que le ordenó la remisión de los autos, nulidad en que están comprendidas la sentencia de remate dictada por el mencionado Juez, a las dos de la tarde del quince de abril del mismo año y la de las diez de la mañana del veinticuatro de mayo de mil novecientos trece dictada por la Sala de lo Civil de la Honorable Corte de Apelaciones de León. 2º El Juez repondrá el proceso de conformidad con la ley". Vuelto el proceso al Juzgado de Distrito de Jinotega, el Juez mandó cumplir lo ordenado en la sentencia, y el ejecutante en escrito de 10 de julio de 1915 pidió que en la sentencia de remate se mandase ampliar la ejecución por trescientos sesenta quintales de panela, y la pena pecuniaria de DIEZ MIL OCHOCIENTOS PESOS; por trescientos sesenta quintales más, y la pena pecuniaria de DIEZ MIL OCHOCIENTOS PESOS; por la entrega de cuatrocientos quintales de panela y el pago de DOCE MIL PESOS; por el de cuatrocientos quintales más que dejó de entregar en el mes de abril; de cuatrocientos quintales en el mes de mayo; de cuatrocientos en el mes de junio; de cuatrocientos en el mes de julio; y de doscientos cuarenta quintales y sesenta y tres libras de panela en el mes de agosto, todo del año de 1912. El apoderado del ejecutado, en escrito de 10 de julio de 1915, pidió al Juez, que como artículo de previo pronunciamiento, declare la ilegitimidad de personería de la sociedad actora, porque ya no existe, clausuró su existencia, y traspasó todos sus derechos a ASTORGA, quien quebró, y a su vez traspasó igualmente sus derechos a los acreedores de la quiebra; que estos hechos han ocurrido posteriormente a la iniciación de este juicio ejecutivo, por lo cual alega esa excepción dilatoria; y en escrito del mismo mes y año, amplía la articulación de ilegitimidad de personería de la SOCIEDAD LOPEZ, ESPINOSA Y COMPAÑIA LIMITADA y dice: que la que fue Compañía LOPEZ ESPINOSA etc. jamás ha tenido acción ni representación contra tercero como es su poderdante, porque su escritura de fundación jamás se publicó en la forma y tiempo que establece el artículo 4º de la Ley de 14 de junio de 1894, circunstancia esa de mero derecho que justifica la ilegitimidad de personería que viene alegando, y por consiguiente del que quiere aparecer como su socio representativo, don FRANCISCO ESPINOSA y su abogado don FRANCISCO LOPEZ GARCIA. Oída la parte contraria, contra dijo los hechos aseverados, se opuso a la tramitación del incidente promovido y pidió que se dicte la correspondiente sentencia. En seguida el señor Juez de aquel Distrito, a las nueve de la mañana del 17 de agosto referido, dictó sentencia, declarando: 1º Que no adolece de nulidad la escritura pública otorgada en la ciudad de Jinotega ante el señor Juez de aquel Distrito, a las seis y media de la tarde del veintitrés de diciembre de mil novecientos once. 2º Que el señor JOSE FRANCISCO ESPINOSA es representante legal de la SOCIEDAD LOPEZ ESPINOSA Y COMPAÑIA LIMITADA. 3º que la escritura antes mencionada tiene plena fuerza ejecutiva. 4º Que se reservan al ejecutado para el juicio ordinario las acciones y excepciones que no se refieran a la existencia misma de la obligación que ha originado este juicio. 5º Que es improcedente el incidente de ilegitimidad de personería de la Sociedad actora. 6º Que se lleve adelante la ejecución seguida por la SOCIEDAD LOPEZ, ESPINOSA Y COMPAÑIA LIMITADA, contra el señor GREGORIO PADILLA SALINAS, de generales conocidas, para pagar con su producto, y a elección de dicha Sociedad, la pena estipulada, o los mil cuatrocientos veinte quintales de panela; reservándole a la sociedad para juicio ordinario, caso que la elección recaiga sobre esto último, su acción para reclamar daños y perjuicios. 7º Que no hay especial condenación en costas". De esta sentencia el apoderado del ejecutante, en escrito de 18 del mismo agosto, expresa que la sentencia dice que se lleve adelante la ejecución por mil cuatrocientos veinte quintales de panela y que la ejecución es de dos mil novecientos sesenta quintales y sesenta y tres libras de panela, y la cantidad de OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS NOVENTA CENTAVOS BILLETES NACIONALES; por lo que apoyado en el artículo 451 Pr. pide se salve la omisión apuntada, aclarando dicha sentencia. De esta solicitud, el Juez corrió traslado a la parte contraria, quien lo evacuó en su escrito de 20 del mismo mes, y a las nueve y media de la mañana del 27 del repetido mes, aclaró la sentencia mandando llevar adelante la ejecución, sea por la pena estipulada

o por dos mil novecientos sesenta quintales y sesenta y tres libras de panela. El apoderado del ejecutado apeló de la sentencia, y admitido el recurso en ambos efectos, llegaron los autos al conocimiento de la Sala de lo Civil de la Honorable Corte de Apelaciones de Occidente y Septentrión, en donde se apersonaron por el actor y reo, respectivamente, los abogados NICOLAS BUITRAGO y NICOLAS PANIAGUA PRADO. Tramitado el recurso conforme a derecho, la Hon. Sala dictó a las ocho de la mañana del 31 de diciembre de 1915 la sentencia que en su parte resolutiva literalmente dice: "I. Llévese adelante la presente ejecución por la panela debida y no entregada, o el pago de TREINTA PESOS por cada uno de los quintales debidos, a elección del ejecutante. II. La SOCIEDAD LOPEZ, ESPINOSA Y COMPAÑIA LIMITADA no tiene derecho para reclamar conjuntamente de don GREGORIO PADILLA SALINAS la obligación principal y la multa, y sólo puede exigir una de las dos cosas como se dice anteriormente. III. Resérvase al ejecutado el derecho de ejercitar en juicio ordinario las acciones o excepciones que no se refieran a las obligaciones reclamadas en este juicio. No hay condenación en costas".

V

Contra la sentencia anterior, de la Honorable Sala, interpusieron recurso de casación en el fondo y en su oportunidad, los abogados PANIAGUA PRADO y BUITRAGO. El primero apoyó su recurso en las causales 1ª, 2ª y 10ª del art. 2057 Pr., y citó como infringidos el artículo 57 Cn., los artículos 23, inciso 2º y 5º, 24 y 67 de la Ley del Notariado; los artículos 1830, 2435, 2436, 2437 y 2443 C. y como violados, interpretados erróneamente y aplicados indebidamente los artículos 1865, 1866 y 1693 Pr. El segundo, o sea el doctor BUITRAGO, fundó su recurso en las causales 1ª, 2ª, 7ª y 10ª del artículo 2057 Pr., citando como infringido el artículo 2192 C. y como violado el artículo 2109 Pr. Admitido el recurso en ambos efectos, vinieron los autos al conocimiento de esta Corte Suprema de Justicia, en donde se personaron por la parte actora y por la reo, respectivamente, los abogados RAMON CASTILLO C. y FRANCISCO PANIAGUA PRADO. Expresados y contestados los agravios, se citó a las partes para sentencia, señalándose día y hora para la vista y alegatos orales, los cuales se verificaron sin la concurrencia de las partes ni de sus apoderados; y

CONSIDERANDO:

I

Si se atiende a que el apoderado del ejecutado, al interponer su recurso de casación, alega que la Honorable Sala sentenciadora ha infringido con su fallo el principio constitucional en virtud del cual ningún nicaragüense puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ésta; que el mismo fallo acepta como válidos los instrumentos públicos en que la compañía actora funda su acción, no siéndolo, por no estar asistidos de los requisitos esenciales que las leyes requieren; porque aun aceptándolos como válidos se les concede una fuerza ejecutiva que no tienen, pues que el contrato celebrado cuyo cumplimiento motiva el pleito, es bilateral y para cumplirse está sujeto a obligaciones recíprocas; y si se atiende también a que el apoderado de la compañía ejecutante alega a su vez que la sentencia de 2º grado ha infringido el artículo 2192 C., porque su representado ha tenido perfecto derecho para exigir a la vez la obligación principal y la pena, por derivarse de una transacción que ha puesto término a litigios de los contratantes, y porque se ha violado el artículo 2109 Pr. al eximir de las costas al ejecutado; para resolver acerca de todos estos puntos que no son otros que los que han sido objeto del debate en el presente juicio, la Corte Suprema de Justicia ha de examinar el valor y fuerza de las excepciones opuestas por el ejecutado señor PADILLA SALINAS, en relación con el valor y mérito que tiene el instrumento que ha servido de base a la ejecución, y con los derechos que tal instrumento concede a la compañía demandante.

II

Respecto de la primera y segunda de las excepciones opuestas, consistentes en la nulidad de la obligación y falta de representación del señor JOSE FRANCISCO ESPINOSA, alega el ejecutado que la escritura que sirve de fundamento a la ejecución, otorgada a las seis y media de la tarde del 23 de diciembre de 1911, ante el Juez de Distrito de Jinotega, por los señores JOSE LEON SANDINO, en representación del señor GREGORIO PADILLAS SALINAS y JOSE FRANCISCO ESPINOSA, como gerente de la sociedad LOPEZ, ESPINOSA Y COMPAÑIA LIMITADA, es nula, porque en ella el Cartulario no dio fe de conocimiento de los otorgantes, ni expresó su edad, pues no basta decir mayor de edad; y porque no dio fe de que los otorgantes comparecieran a nombre de otros, pues la escritura de las cuatro de la tarde del 12 de septiembre de 1911 con que se pretende legitimar la representación, también es nula por contener en el cuerpo del instrumento las iniciales J. y F. La Corte Suprema al examinar las escrituras de la referencia ha observado, que ellas están revestidas de los requisitos que la ley exige para su validez; pues si bien es cierto que en las de las seis y media de la tarde del 23 de diciembre de 1911 el Cartulario expresa que los otorgantes son mayores de edad, sin determinar cuál sea esa edad, esta última circunstancia es ajena a la fuerza obligatoria de los contratos, siempre que al celebrarlos, aparezca cumplida la que la ley ha creído indispensable para que las personas puedan hacer uso de sus derechos civiles, circunstancia o requisito que la ley designa con el nombre de capacidad, y la tiene todo aquel que ha llegado a la mayoría de edad o sea que ha cumplido veintiún años. Y si la escritura de las cuatro de la tarde del 12 de septiembre del mismo año, 1911, contiene las iniciales J. y F., y por ello se alega que es nula, debe decirse que con esas iniciales no se ha querido expresar el nombre propio de alguno de los otorgantes, sino que ellas forman parte de la razón social de la compañía constituida con el nombre de J. F. ESPINOSA Y COMPAÑIA LIMITADA; y en ambas se dio fe de que los otorgantes eran del conocimiento del Cartulario, y en la primera, de que comparecían a nombre de otras personas, haciéndose las inserciones correspondientes.

III

Respecto de la tercera de las excepciones, o sea falta de fuerza ejecutiva de la escritura que sirve de base a la ejecución, alega el ejecutado que en ella se trata de obligaciones bilaterales conmutativas, y por lo mismo, su falta de cumplimiento ha de probarse en juicio ordinario, y porque estando salvado en el mismo contrato el caso fortuito, éste está sujeto a probanza, la cual sólo puede rendirse en juicio ordinario, porque ella no constituye ninguna excepción de las que se pueden oponer en juicio ejecutivo, según se ve en el artículo 1737 Pr. A lo alegado cabe observar, que no es el carácter unilateral o bilateral del contrato lo que determina su fuerza ejecutiva, pues según el artículo 1693 Pr., basta que la obligación conste en un título que según la ley tenga fuerza ejecutiva y que dicha obligación sea exigible en la época en que se pide su cumplimiento. Que en el caso que se discute la obligación del ejecutado consta en una escritura pública que está revestida, como se ha dicho, de todas las formalidades que la ley requiere para su validez, la cual según los artículos 1685 y 1686 número 1º del citado Código trae aparejada ejecución; y atendiendo a las voces de la misma escritura, se ve que en la fecha de la demanda. 1º de febrero de 1912, era exigible la obligación, pues en ella el demandado se comprometió a entregar la panela por partidas, empezando el 10 de enero de 1912, y la compañía, a pagarle cada fin de mes el importe de lo recibido. Y por lo que hace al caso fortuito, en vista de lo pedido por el ejecutado en su escrito de 27 de marzo de 1912, y de lo que dispone el artículo 1752 Pr., debe decirse que era el caso de reservarle al ejecutado para el juicio ordinario las acciones y excepciones que no se refieran a la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución, como lo hizo la Honorable Sala de sentencia.

IV

Respecto de la cuarta de las excepciones, que el ejecutado califica de ineptitud del libelo, porque le falta un requisito en el modo de formular la demanda, alega el ejecutado que ese requisito es la falta de claridad en señalar lo que se pide, pues el gerente de la compañía demanda la multa de DIEZ MIL OCHOCIENTOS PESOS, que es la pena, y también la entrega de los trescientos sesenta quintales de panela, sin tener derecho para exigir ambas cosas a la vez. Para decidir sobre este punto, han de tenerse a la vista las cláusulas pertinentes de la escritura de obligación, ellas dicen así: "Segunda - PADILLA se obliga a entregar a la sociedad antes mencionada los dos mil novecientos sesenta quintales y sesenta y tres libras de panela de buena calidad, propia para la elaboración de aguardiente, y en el Centro destilatorio de la ciudad de Jinotega, en la forma y plazos siguientes: trescientos sesenta quintales en el mes de enero del año próximo de 1912, a empezar del diez las entregas; trescientos sesenta en el mes de febrero; y cuatrocientos quintales en los meses siguientes, sucesivamente, hasta completar la cantidad..... Tercera - La sociedad pagará al señor PADILLA cada fin de mes, QUINCE PESOS MONEDA NACIONAL por cada quintal de panela entregado. Cuarta - Ambos contratantes sujetan el cumplimiento de esta obligación, bajo la cláusula penal siguiente: PADILLA, pagará a la sociedad TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE por cada quintal de panela que deje de entregar en la forma antes dicha, y por el hecho de no pagarle la sociedad a PADILLA, cada fin de mes, el valor de la panela entregada, quedará de hecho rescindido el contrato y sin obligación el señor PADILLA se seguir entregando panela". Como se ve, el caso que se discute está comprendido en el artículo 1991 C., que dice: "Antes de constituirse el deudor en mora no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que, por el pago de la pena, no se entienda extinguida la obligación principal", pues en la cláusula cuarta, transcrita, claramente se estipula la pena por la falta de entrega de la panela, y no por el simple retardo; ni tampoco aparece que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. Por consiguiente, no puede atenderse la alegación del apoderado de la Compañía, que afirma que el caso sub lite está comprendido en el artículo 2192 C., por derivarse la obligación de una escritura de transacción, pues bien examinada ésta se ve, que la obligación que ha sido objeto del presente litigio tiene su origen en los contratos que ya existían entre las partes, y que tal obligación se dejó subsistente en la transacción, con la diferencia del plazo para el pago y de la cláusula penal. Por otra parte, es de observar que en el presente juicio no se trata de exigir el cumplimiento de la transacción, cuyo objeto principal fue terminar el juicio ejecutivo que la Compañía había intentado contra PADILLA SALINAS por la entrega de cuatro mil quintales de panela, conforme a contratos celebrados entre ellos, juicio en que ya se había dictado sentencia de remate y que las partes transigieron, previas las liquidaciones correspondientes, dándolo por terminado y desistido, pagando el ejecutado las costas y DOS MIL PESOS como perjuicios, según reza la cláusula V. De la misma escritura, por la cual debe reputarse cumplida la transacción. Además, en el presente juicio se trata de la morosidad del ejecutado en la entrega de la panela en los plazos convenidos y del pago de la pena establecida por la falta de esa entrega y no por haberse dejado de cumplir la transacción, como lo prueba la circunstancia de que no hubiera podido exigirse la pena a ninguna de las partes que no hubiese dado cumplimiento a la transacción, por abstenerse de presentar el escrito de desistimiento del juicio transigido o su aceptación, o por negarse a pagar las costas y perjuicios a que se refiere la cláusula V. En fuerza de lo dicho, debe concluirse, que no puede permitirse a la parte ejecutante exigir conjuntamente la entrega de la panela y la pena, sino una de ellas, a su elección. Y como el apoderado ejecutante amplió oportunamente la ejecución por los diferentes plazos que vencieron en el curso de este juicio, debe extenderse la ejecución a las referidas ampliaciones, en mérito de la fuerza ejecutiva del instrumento presentado, al derecho que concede a la sociedad ejecutante; y en observancia de lo que dispone el artículo 1753 Pr., que literalmente dice: "Si durante el juicio ejecutivo y antes de pronunciarse sentencia de remate, venciere algún plazo de la obligación en cuya virtud se proceda, podrá ampliarse la ejecución por su importe, si lo pidiere el actor, sin necesidad de retroceder, y

considerándose comunes a la ampliación los trámites que le hayan precedido. La sentencia de remate deberá ser también extensiva a los nuevos plazos reclamados".

V

Cuanto a la alegación hecha por el apoderado de la compañía ejecutante, de haberse violado el artículo 2109 Pr., al eximir de las costas al ejecutado, debe decirse, que por haberse descartado el derecho de exigir conjuntamente la obligación principal y la pena estipulada, y reconocerse el derecho de exigir solamente una de ellas a elección, la Honorable Sala sentenciadora ha hecho recta aplicación del artículo 1745 Pr. fracción final, al declarar que no hay condenación en costas.

VI

De todo lo expuesto se deduce: que la Honorable Sala se sentencia no ha infringido ni violado las disposiciones citadas en los recursos de casación interpuestos; y por lo mismo no ha de casarse la sentencia recurrida.

POR TANTO:

Con apoyo de las disposiciones citadas, los infrascritos Magistrados dijeron: No se casa la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito, dictada por la Sala de lo Civil de la Honorable Corte de Apelaciones de Occidente y Septentrión, a las ocho de la mañana del treinta y uno de diciembre de mil novecientos quince. No hay costas del presente recurso. (Artículo 2109 Pr.). Vuelvan los autos al Juzgado de su origen con testimonio de lo resuelto. Cópiese, notifíquese y publíquese. Greg° Pasquier - Manuel Pasos - J. M. Siero - Estanislao Vela - Andrés Vega - Proveído, Lorenzo Espinosa. Es conforme - Managua, nueve de agosto de mil novecientos diez y ocho. Lorenzo Espinosa.

B.J.2051
B.J.2052
B.J.2053
B.J.2054
B.J.2055
B.J.2056
ESCRITURA - NO HAY NULIDAD
EJECUCIÓN - LA FUERZA EJECUTIVA
OTORGANTES
OTORGANTES - NO ES NULA LA ESCRITURA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – Managua seis de septiembre de mil novecientos veintiséis.- Las doce meridianas.

Vistos;

Resulta:

I

El once de marzo de 1922 el doctor Enoc Aguado, en concepto de mandatario de doña Matilde Pasos de Lacayo, mayor de edad, de oficios domésticos, de este domicilio, se presentó ante el Juez de lo civil de este Distrito, y expuso lo siguiente: que por escritura pública que autorizó en esta ciudad el Notario don Ramón Castillo Castillo, a la una y quince minutos de la tarde del día diez de septiembre de mil novecientos veintiuno, don Fernando Lacayo Sacasa, vecino de Granada y también de. Managua, de Cuarenta y dos años de edad, soltero, agricultor, celebró con su comitente un contrato de promesa de venta, en el cual se estipulo: a) que doña Encarnación Lacayo de Sacasa, madre deL señor Lacayo su casa, y las hermanas de éste, doña Carmen de Lacayo, doña Emelina de Martínez, señorita Angélica lacayo, doña Maria Lacayo, don Octavio Lacayo sacasa, don Benjamín Lacayo Sacasa, y el propio don Fernando Lacayo Sacasa, eran dueños de los bienes de la sucesión de don Daniel Lacayo: doña Encarnación como cónyuge sobreviviente, de la mitad de esos bienes, y cada uno de los otros condueños, de una veinticuatroava parte; que entre los bienes de la sucesión de don Daniel Lacayo se encuentra la hacienda denominada "La California", situada en jurisdicción del puerto de Momotombo, Departamento de León, dentro de los siguientes linderos: al Oriente, Lago de Managua y tierras de Santa Ana; Occidente, terreno de 'Las Pilas y Asososca; al norte, terrenos baldíos y sitio "Las Pilas; y al sur, terrenos de la concepción y baldíos; que de la hacienda " La California" corresponden a la sucesión

de don Daniel de Lacayo, siete mil cuatrocientas veintinueve varas cuadradas, todo ello según documentos citados en la escritura de la referencia b) que del resto del terreno de la misma hacienda son dueños por mitad el propio don Fernando Lacayo Sacasa y su hermano don Benjamín del mismo apellido, por compra hecha don Luís Alejandro Cousin; c) que por la cantidad de treinta y siete mil córdobas, don Fernando Lacayo Sacasa prometió, vender. a su poderdante señora Pasos de Lacayo, la mitad que a su señora madre, a sus hermanos y a él correspondían en las siete mil setecientas manzanas y cuatro mil trescientas veintinueve varas cuadradas, de terreno en la hacienda "La California"; que en la promesa de venta iban incluidas quinientas reses de las existentes en la hacienda "La California"; que asimismo en dicha promesa de venta iba incluida la mitad del resto de los terreno de la hacienda "La California"; mitad que correspondía al propio don Fernando Lacayo Sacasa por la compra hecha con su hermano Benjamín a don Luís Alejandro cousin; d) que la escritura de venta a su poderdante entonces dicha señor la otorgaría el señor Lacayo Sacasa lo mas tarde el día diez de enero de mil novecientos veintidós, fecha en que se consideraba estaría concluida la partición de los bienes de la sucesión de su señor padre don Daniel Lacayo; pero que si en ese entonces no lo estaba, el señor don Fernando Lacayo Sacasa se obligaba a vender a su poderdante la mitad de los derechos hereditarios que correspondían a la cónyuge sobreviviente, a sus propios hermanos y a el en la sucesión de don Daniel Lacayo, junto con la parte adquirida por el por comprar a don Luís Alejandro Cousin; e) que el señor don Fernando Lacayo Sacasa de los treinta y siete mil córdobas, precio de la venta, tenía recibido de su poderdante, doña Matilde Pasos de Lacayo, un total de trece mil novecientos cincuenta y siete córdobas setenta centavos, le seria pagado así: dos mil córdobas en todo el mes de octubre de mil novecientos veintiuno, reconociendo el comprador el interés del dos por ciento mensual desde la fecha de la escritura hasta la

del pago efectivo, cinco mil mas el diez de septiembre de mil novecientos veintitrés, cinco mil más el Díez de septiembre de mil novecientos veinticinco, y mil cuarenta y dos córdobas setenta centavos el diez de septiembre de mil novecientos veintiséis; que sobre las cinco últimas partidas de dinero mencionadas su poderdante le reconocería el interés del tres quintos por ciento mensual desde la fecha de la escritura hasta su pago; f) que si la señora Pasos de Lacayo se retrasaba en el pago de cualquiera de las partidas de cinco mil córdobas entonces el interés que reconocería sería el del uno por ciento mensual en el primer año de la mora y el del uno medio por ciento mensual también en el segundo año, sin perjuicio de quedar el señor Lacayo Sacasa con derecho de exigir el pago de los cinco mil córdobas que tuvieren dos años de retraso; g) que si el día diez de enero de mil novecientos veintidós el señor Fernando Lacayo Sacasa no otorgaba la escritura de venta a favor de la señora Pasos de Lacayo, pagaría a ésta, "en calidad de multa y por el simple retardo, la cantidad de dos mil córdobas, en cuyo caso el dinero que el señor Lacayo Sacasa tuviese recibido a cuenta de los treinta y siete mil córdobas se lo devolvería a su poderdante el diez de septiembre de mil novecientos veintiséis y de reconocerle interés del uno por ciento mensual desde el citado diez de enero de mil novecientos veintidós hasta su efectivo pago"; h) que si por culpa de la señora Pasos de Lacayo no se otorgaba el citado diez de enero de mil novecientos veintidós la escritura de venta, entonces dicha señora pagaría al señor Lacayo Sacasa dos mil córdobas en calidad de multa (por el simple retardo en aceptar la venta), y el dinero recibido por el señor Lacayo Sacasa, sélo devolverla a su cliente el diez de septiembre de mil novecientos veintiséis con mas el interés del medio por ciento mensual; i) que una vez verificada la venta a favor de la señora Pasos de Lacayo, esta garantizaría al señor Lacayo Sacasa con hipoteca de la parte comprada, el pago de lo que le quedara debiendo por el precio de la venta; J) que la señora Pasos de Lacayo aceptaba los términos de la escritura

y se comprometía a comprar en los términos consignados. Continúa el apoderado del actor: que el señor don Fernando Lacayo Sacasa, no obstante los claros términos de su compromiso, no otorgo la escritura de venta del terreno a que estaba obligado, ni en su defecto otorgó la venta o cesión de los derechos hereditarios a que se había comprometido, habiendo estado su cliente siempre dispuesta a aceptar la venta como lo expresó al propio señor Lacayo Sacasa por carta y verbalmente, poco tiempo antes del diez de enero de mil novecientos veintidós, allanándose a cumplir con todas las prestaciones a que viene obligada, de acuerdo con la dicha escritura; y que con tales antecedentes demanda a don Fernando Lacayo que por sentencia firme y en juicio ordinario se declare:1)- Resuelto el contrato de promesa de venta hecho por don Fernando Lacayo Sacasa a favor de doña Matilde Pasos de Lacayo 2) que por no haber otorgado el señor Lacayo Sacasa la escritura de venta o en su defecto la d cesión de derechos hereditarios el día diez enero de mil novecientos veintidós a favor de la señora Pasos de Lacayo, está obligado a pagar a dicha señora, en calidad de multa y por el simple retardo la cantidad de dos mil córdobas con mas los intereses legales desde la fecha de la demanda hasta la del efectivo pago, los daños y perjuicios y las costas del juicio, funda su acción en los artos. 2541, 2437, 1885, 1985, 1960 C., y1021, 1024 y 1026 Pr. Ofreció probar los hechos y fundamentos de la demanda reservándome el derecho de deducir por separado las otras responsabilidades y obligaciones que dice ha incurrido el señor Lacayo Sacasa por su falta de cumplimiento, y acompañó las diligencias de embargó preventivo inscrito verificado en bienes del demandado, como acto previo.

II

El demandado por medio de su mandatario doctor Ramón Castillo, Castillo contesto 'la demanda en sentido negativo, en cuanto al pago de la multa, diciendo, entre otras cosas,

tratándose de un contrato bilateral en el que la señora pasos de Lacayo fue la primera en no cumplir su obligación de entregar los dos mil córdobas en todo el mes de octubre, fue por culpa de ella que se otorgara la escritura de venta el diez de enero de mil novecientos veintidós, por lo que la contrademandaba para que se condenara a pagar a su representado señor Lacayo Sacasa los dos mil córdobas de multa, fundado en los artos. 1885, 1985, 1987, C; y se allano a la demanda en cuanto a la resolución del contrato de promesa de venta concluyendo por pedir al acto el afianzamiento de cosas daños o perjuicios

III

Abierto el juicio a prueba o solicitud de la parte actora se agrego a los autos certificación de la escritura publica de promesa de venta citado en la demanda y se recibió declaración a los testigos don Benjamín Elizondo Rivas y don Pablo Müller, asegurando el segundo que en los últimos días del mes de diciembre de 1921, don Gerardo Lacayo Sacasa entrego a don Fernando Lacayo Sacasa una carta firmada por doña Matilde Pasos de Lacayo, redacta en los términos de la que aparece inserta en el documento, que también acompañado, marcado con la letra "A", suscritos por los declarantes, el la cual ella manifiesta al señor Lacayo Sacasa estar lista para aceptar la escritura correspondiente el día señalado (10 do enero de 1922), documento que reconoció el testigo Elizondo. Corridos los demás el juez pronunció su sentencia de las ocho de la mañana del nueve del nueve de agosto de 1925, que en su parte resolutiva dice: 1)-Hase por rescindido el contrato de promesa de venta autorizado en esta ciudad por el notario don Ramón Castillo C., a la una y quince

minutos de la tarde (del día diez de septiembre de de mil novecientos veintiuno, entre la demandante y demandado. 2) Se absuelve de la demanda a don Fernando Lacayo Sacasa en cuanto al pago de la multa que se le exige por falta de cumplimiento en dicho contrato. 3) Se declara sin lugar la contrademanda de que se ha hecho mérito; y 4) No hay costas por haber sucumbido ambas partes en sus pretensiones de dicha sentencia pidió reforma en cuanto a costas el apoderado doctor Castillo C, la que fue declarada sin lugar por resolución de diez y ocho del mismo mes y año; habiendo apelado el doctor Aguado de la sentencia definitiva de los puntos 2 y 4, pero de este ultimo solamente por no condenar en las costas al demandado; y el doctor Castillo C., apeló del punto 3 de la sentencia definitiva y de la resolución de diez y ocho de agosto citado; y la Honorable Sala de la Corte de Apelaciones de Granada en su fallo de las once y tres cuartos de la mañana del 22 de septiembre de 1925 confirmó los puntos apelados de las referidas sentencias, y que cada litigante pagara sus respectivas costas de segunda instancia por haber sucumbido en sus prestaciones.

IV

Del fallo de la honorable Sala se admitió a ambas partes el recurso de casación el fondo, así: al demandado, respecto del punto en que se absuelve a la actora del pago de multa de dos mil córdobas y de respectivas costas de la contrademanda; a la actora, en lo tocante ha hacerse absuelto al demandado del pago de la misma multa y costas de la demanda y de la contrademanda. La primera parte fundó su recurso en las causales 2a, 7a y 10a, del arto. 2057 Pr. por violación y aplicación indebidamente de los artículos 1859, 1863, 1885 1897, 1886, 1987, 1991, 1993, 2593, 2597, 2479 2480, 2660, 2661, C, y 1395, 1396 Pr; y La segunda fundo el suyo en las mismas causales y por idénticos motivos, en relación con los artos. 1859, 1863, 1885, 1987, 1991, 1993, 2593, 2597, 2479,

2840, 2660, 2651,1886, 2541, 2437, 1985, 1860 C. y 1395 Pr.; habiendo consistir el error de hecho de la Sala en haber desechado el valor de la prueba rendida en el juicio por su mandante, con lo que también metió error de derecho; y personados ante esta Corte Suprema los mismos apoderados, corridos los tramites de ley, es llegado el caso de fallar.

Considerando:

I

Que de las varias obligaciones de la escritura del 10 de septiembre de 1921 que el diez de enero de 1922 pedían entre las partes, tratarse de determinar por la naturaleza del recurso interpuso, la omisión de cuál de aquellas era suficiente pera impedir la negociación de compra venta de la hacienda "La California" y hacer responsable a alguno de los contratantes de la mora que se produjera, con lo que, conforme los términos de la referida escritura, resultara obligada a pagar a la otra parte la multa convenida de dos mil córdobas. Es indudable que la señora Pasos de Lacayo no pagó los dos mil córdobas, que como parte del, precio debía entregar al señor Lacayo Sacasa en octubre de 1921; y que este señor no otorgó la escritora de venta que debía otorgar el 10 de enero de 1922; y aunque parece que ambos contratantes han incurrido en omisiones de índole análoga o sea que han dejado de cumplir una de tantas obligaciones contraídas, conviene observar que la señora de Lacayo en carta de 29 de diciembre de 1921, recordó el señor Lacayo Sacasa su compromiso de otorgarle la escritura de venta de la "California" que ella estaba lista para aceptar esa venta, que para esos efectos lo esperaría en su casa (la de la señora) el día señalado 10 de enero de 1922 y continua la carta, para que procedamos el cumplimiento de los estipulado entre nosotros, con lo que la señora Lacayo expreso oportunamente su disposición de en el contrato, requiriendo

para ese fin al otro coaligado a fin que verificara el otorgamiento de la respectiva escritura, que ella se allanaba a aceptar. Si el señor Lacayo Sacasa, como resalta de actos, no se allano a ese otorgamiento, es obvio que intrigo después de requerido, una de sus varias obligaciones contenidas en la escritura del 10 de septiembre de 1921, precisamente la que estaba penada con multa de dos mil córdobas, los cuales en consecuencia, debe pagar a la señora Pasos de Lacayo, (Artos. 1859, 1985, y 1993); Sin que le sirva de excusa decir que dicha señora no había pagado la partida de dos mil córdobas correspondiendo al mes de octubre de 1921.

1) porque aunque había un termino para la entrega de ese dinero, la parte reo no alegado que halla requerido para ese pago a la señora Pasos de Lacayo, artos. 1859 C; 2) porque la multa de dos mil córdobas se fijo sólo con respecto al vendedor. por el no otorgamiento de la escritura de venta; y con respecto a la señora Pasos de Lacayo, por la no aceptación de esa escritura, y a dicha señora no le era dable verificar la aceptación, si el señor Lacayo Sacasa, requerido, no procedía a otorgar la respectiva escritura; 3) porque fuera de haberse convenido el pago de interés por los dos mil córdobas que debían pagarse en octubre 1921, Lacayo Sacasa podía exigir por medio de diversas acciones el pago de esa partida de dinero, art. 2662 C; y porque a la fecha de la demanda, sólo mediaba entre las partes promesa de venta y no venta.

II

Que insistiendo sobre el valor jurídico de la intimación por carta de lo que se ha hablado, debe decirse que las declaraciones de los testigos señores Benjamín Elizondo y Pablo Müller, el primero reconociendo su firma en la constancia del folio 22 que detalla las circunstancias de la entrega de la referida carta en presencia de él, verificada por el señor

Gerardo Lacayo, al señor Lacayo Sacasa, a fines de diciembre de 1921, y en la cual constancia se copia la expresada carta, y el segundo reconociendo también su firma en dicha constancia y la verdad de los conceptos de ella sobre que fue interrogado, constituyen prueba bastante, a juicio de la Corte Suprema, para tener por hecha aquella intimación, y por consiguiente para haber puesto en mora al señor Lacayo Sacasa por su falta de otorgamiento de la escritura definitiva de venta de La California; y si bien el testigo Müller expresa que vio firmar la carta por la señora Pasos de Lacayo, esta circunstancia no aprobovecha al demandado, porque habiendo su mandatario reconocido en la contestación de la demanda, que don Gerardo Lacayo es esposo de la actora, la entrega de la referida carta, efectuada por don Gerardo, da eficacia a la excitativa en ella contenida, ya que el señor Lacayo Sacasa no alegó en ningún tiempo contra su autencidad, sino que su apoderado se concreto a negar la recepción de la misma negativa que aparece debidamente desvirtuada en artos. Véase Diccionario Dalloz. Tomo II, Pág. 971, párrafo 10; Giorgi, tomo II, Pág. 102 y 103 Scaevola, Código Civil, tomo 19, pág. 459. No hay pues en el tallo recurrido la violación, mala interpretación ni aplicación indebida de las leyes que se citan en el recurso del demandado y antes por el contrario, se han violado en aquellos artos. 1859, 1993 y 1987 C. y aplicado erróneamente los artos. 1885, 1991, 2593, 2597, 2660, 2661, 2541, y 1860 C. y que cita la parte actora, en relación con las causales 2ª, 7ª y 10ª del arto. 2057 Pr, según se deja detallado; por lo que debe dictarse la sentencia adecuada presidencia del punto de la rescisión (con mas propiedad resolución) que quedó firme en el fallo de primera instancia; y del de intereses y daños en dicha sentencia, y la apelación de la parte actora no comprendió ese punto.

Por Tanto:

De conformidad con las leyes citadas y artículos 446, 447 y 2I09 Pr., los suscrito. Magistrados dijeron; Se casa la sentencia de la Honorable Corte de Apelaciones de Granada, de las once y tres cuartos de la mañana del 22 de septiembre de 1925, de que se ha hecho mérito, y en consecuencia se declara: 1) No ha lugar a la contrademanda. 2) El señor Fernando Lacayo Sacasa pagara a la actora dos mil córdobas, en cumplimiento de la cláusula penal de la escritura de 10 de septiembre de 1921, que autorizo el Notario doctor Ramón Castillo. 3°. No ha lugar a las costas de la demanda y contrademanda en ninguna de las instancias, ni en el presente recurso, por haber habido motivos racionales para litigar. Con testimonio concertado vuelvan los autos a la oficina de su origen, y líbrese la ejecutoria de ley, si se pidiere. - Cópiese, notifíquese y publíquese. - Esta sentencia fue dictada con el voto de los señores Magistrados Torres F., Vela, Solórzano y de la Rocha, habiendo disentido el señor Magistrado doctor Pasquier, quien vota por que no se case la sentencia por las razones que expondrá por separado. Grego. Pasquier - Franco. Torres F. Alfonso Solórzano - Estanislao Vela - C. de la Rocha - Proveído, Lorenzo Espinosa.

Voto razonado del Magistrado doctor Gregorio Pasquier.
(Referente al fallo anterior)

En la ciudad de Managua, a las nueve y cuarto de la mañana del día seis de septiembre de mil novecientos veintiséis. El Magistrado que suscribe, tuvo la pena de disentir del parecer de sus honorables colegas, porque en su opinión, la Honorable Sala de sentencia estuvo en lo justo y precedió correctamente al "declarar sin lugar la demanda y contrademanda, sin costos especiales, en el juicio sustentado por los señores Fernando Lacayo Sacasa y doña Matilde de Lacayo, por el reclamo de la

multa de dos mil pesos que recíprocamente se reclaman. Fundamenta su opinión en las razones siguientes: Según aparece de los resultados, se trata de la promesa de venta que el primero hizo a la segunda, de la hacienda "la California" por suma de pesos que serian pagados e la forma que se estableció en la respectiva escritura, otorgada ante el Notario Ramón Castillo C., a la una y quince minutos de la tarde del día diez de septiembre de mil novecientos veintiuno. En esa promesa de venta se encuentran, entre otras obligaciones, las siguientes: Doña Matilde de Lacayo debía pagar al vendedor, como parte del precio, dos mil pesos e interés al dos por ciento mensual en el mes de octubre del año referido (1921) y don Fernando Lacayo S., debía otorgar la escritura de Venta de la hacienda dicha el diez de enero de mil novecientos veintidós. Como los dos mil pesos e interés no pagados y la escritura de venta no se llevo a afecto, para resolver la cuestión enunciada deberán tenerse a la vista las. Leyes pertinentes al contrato de compra venta conforme a la parte final del arto. 2541 C. 2479 del mismo código que respectivamente dicen: Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra-venta regirá para vendedor y comprador lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos. "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales" Ahora bien claro corno está que se trata de un contrato bilateral con obligaciones reciprocas, es obvio que la cuestión el arto. 1859 C, parte final, porque si bien por esa disposición legal se establece como regia general "que para incurrir en mora el a deudor, se requiere que el acreedor le exija el cumplimiento de la obligación judicial o extrajudicialmente", en la parte final de dicho art. se prescribe que en las obligaciones reciprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple empieza la mora para el otro. Es pues evidente que, probado como esta que doña Matilde Lacayo no pagó los dos mil pesos y sus intereses en octubre

de 1921, como estaba obligada, cabe afirmar que don Fernando Lacayo Sacasa no cayó en mora conforme a la ley citada y por ende no debe la multa que se le reclama ni las costa de la demanda, por no haber otorgado la escritura de venta. No obsta a la conclusión anterior, la circunstancia de que doña Matilde de Lacayo pretende haberse allanado a cumplir con su obligación, porque tratándose del pago del precio de la venta en fecha determinada, el allanamiento debió hacerse verificado el pago al acreedor o consignándolo (arto. 2661 C). Además, aun en la hipótesis de que el allanamiento consistiera en manifestar su acreedor que estaba dispuesta a cumplir, como se expresa en la carta que en copia se ve al folio 22 de los autos, tal manifestación debió probarse plenamente conforme a los artos. 1334 y 1359 Pr, lo cual no ha sucedido, tanto por las razones que aduce la Honorable Sala de sentencia, corno porque de los testigos que firman la constancia, sólo uno declaró conforme al interrogatorio del folio 24, sin que pueda legalmente decirse que el reconocimiento de las firmas hecho por los señores Benjamín Elizondo y Pablo Müller basten para probar el requerimiento, y, no bastan, porque según nuestro Código procesal no es esa la forma en que dos testigos mayores de toda excepción deben declarar para constituir plena prueba. (artos. Citados Pr.) En cuanto a la multa que se le reclama a la señora Matilde de Lacayo por decirse que por culpa de ella no se llevo a efecto el otorgamiento de la escritura, de observarse que según la escritura de promesa de venta la responsabilidad de dicha señora estaba circunscrita al caso en que retardase la aceptación y, siendo así cabe afirmar que exonerado don Fernando Lacayo Sacasa de la obligación de otorgar la escritura de venta, quedó también exonerada la señora de Lacayo de la multa, desde luego que no tenia que prestar ninguna aceptación. Respecto de costas, entiende el suscrito que la Honorable Sala de sentencia procedió conforme a la ley, por haber sucumbido en parte ambos contendientes. Por lo expuesto entiende suscrito que la Honorable Sala de sentencia no ha violado ni mal interpretado las leyes que le sirvieron de fundamento y, que prueba fue aceptado correctamente, por todo lo cual voto por que no se case la sentencia recurrida. Grego. Pasquier- ante mi, Lorenzo Espinosa