



*Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Manizales  
Sala Civil-Familia*

**Magistrado Sustanciador: Dr. ÁLVARO JOSÉ TREJOS BUENO.**

Manizales, seis de mayo de dos mil veintidós.

**I. OBJETO DE DECISIÓN**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido el 28 de febrero de 2022, por medio del cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, rechazó la demanda ejecutiva de obligación de hacer, promovida por la señora Paula Andrea Toro Monroy, en contra del señor Juan José Gregorio Londoño Martínez.

**II. PRECEDENTES**

1. La demandante promovió ejecución implorando de forma principal que se ordenara al demandado “dar cumplimiento a la obligación contenida en la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes de este proceso el día 23 de febrero de 2021, en el sentido de levantar los gravámenes y medidas cautelares allí relacionadas, efectuar la tradición del bien, aunado del pago de los perjuicios moratorios pactados en la cláusula octava del citado negocio jurídico por un importe de \$36.000.000<sup>oo</sup> de pesos”. En subsidio, en la eventualidad de que el demandado no se allane al cumplimiento de su obligación en el término prudencial otorgado por el Despacho, se disponga el pago “de las sumas abonadas, esto es, \$270.000.000<sup>oo</sup>”, “a título de perjuicios compensatorios más los intereses moratorios de dicha suma a la máxima tasa de usura permitida por nuestro ordenamiento jurídico”.

2. El pasado 9 de febrero, el Juzgado de instancia inadmitió la demanda, oportunidad en la cual instó a la parte activa a que aportara el poder y los anexos referenciados en la demanda. En complemento enfatizó que “existe una indebida acumulación de pretensiones; en primer lugar, porque levantar los gravámenes y medidas cautelares del bien, podría llegar a entenderse que sería una obligación de hacer, pero, si el bien está

embargado, el objeto del negocio sería ilícito, por lo tanto, no podría surtir efectos (...) En segundo lugar, efectuar la tradición del bien se debe adelantar un proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente, de conformidad con el artículo 378 del CGP, es decir, un proceso verbal (...) en tercer lugar, para el pago de los perjuicios moratorios pactados, estos deben ser declarados y demostrados en un proceso, a no ser que así se hayan pactado en el contrato, pero como el mismo no fue aportado, el Despacho no puede suponer nada al respecto (...) En cuarto lugar, la pretensión subsidiaria no puede tramitarse por el proceso ejecutivo, por lo tanto, no puede acumularse” -sic-.

También se plasmó que en los procesos ejecutivos es inadmisibles el juramento estimatorio, por cuanto la suma a ejecutar se encuentra determinada por un título de ejecución, el cual no fue aportado al proceso, y si lo pretendido es el reconocimiento de unos perjuicios de índole patrimonial sí debe hacerse el juramento estimatorio, pero deberá entonces “adecuar la demanda” para el proceso respectivo, que “no es uno de ejecución” y realizar el juramento de conformidad con el canon 206 del CGP, “discriminando cada uno de los conceptos allí determinados de forma razonada e indicando de dónde y por qué cada suma de dinero”.

Por último, expresó que “como no se están solicitando medidas cautelares, deberá dar cumplimiento a lo establecido en el art. 6 del Decreto 806 de 2020”.

3. La parte ejecutante, con miras a subsanar la demanda, aportó (a) el contrato de promesa de compraventa cuyo cumplimiento se demanda, (b) escrito de medidas cautelares del embargo y posterior secuestro del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 100-8399; (c) el certificado de tradición respectivo; y, (d) otros documentos denominados “abonos”, dando cuenta de sumas pagadas por la promitente compradora.

En complemento, arguyó que “de conformidad con la dogmática predicable del caso, la promesa de compraventa del bien embargado no está viciado (sic) de objeto ilícito, máxime cuando la obligación de hacer que se ejecuta, es precisamente el levantamiento de dicho embargo y la cancelación de unos gravámenes imperantes sobre el bien, lo que se subsume perfectamente con la petición ejecutiva, y el contrato ejecutado no es traslativo de dominio, es decir no tiene calidad de enajenar el bien”; así como que “la tradición entendida como el acto solemne y formal de la inscripción del correspondiente título traslativo del dominio no puede ser objeto de la disposición especial de que trata el artículo 378 del CGP, toda vez que el mismo supone que ya se haya efectuado la inscripción

del título en el correspondiente registro y penda tan solo la entrega material del bien” (...) “sí hay expresa autorización legal para plantear como principal el cumplimiento de la prestación debida junto de los perjuicios moratorios y en subsidio el pago de los perjuicios compensatorios tal y como lo establece el inciso 2 del artículo 428 del CGP, en caso de que el deudor no se allane en la obligación de hacer en el término prudencial otorgado por el despacho”. Y suprimió el juramento estimatorio.

4. El Juzgado de instancia el 28 de febrero del corriente, rechazó la demanda por indebida subsanación, a cuyo propósito argumentó que “el poder fue conferido a través de un documento electrónico; no obstante, no tiene constancia de trazabilidad que haya sido remitido directamente desde el correo electrónico de la demandante”.

Por otro lado, al auscultar en el contrato, a su juicio, en la cláusula segunda “no hay ninguna obligación contenida a cargo del promitente vendedor, allí simplemente se garantiza que el bien está libre de gravámenes, pero, se hace relación de los existentes y que la promitente compradora conoce de los mismos, pero, (sic) en ninguna parte del clausulado se estipula que la entrega se hará libre de dichos gravámenes; por lo tanto, la obligación que se pretende ejecutar no se torna ni expresa, ni clara, ni exigible”; añadió que se busca la ejecución de “los perjuicios causados”, más, “la cláusula octava en ningún momento determina una indemnización por perjuicios; allí lo que se pactó fue una cláusula penal por el incumplimiento de alguna o todas las obligaciones del contrato de promesa”; siguiendo esa ilación sostuvo que si bien de acuerdo con la redacción del contrato, la cláusula penal pactada se puede ejecutar sin necesidad de requerimiento judicial ni constitución en mora, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1594 del Código Civil el contratante cumplido puede, a su arbitrio, solicitar el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la cláusula penal por el incumplimiento, pero no puede solicitar la ejecución tanto de la obligación principal como de la pena, de modo que para el caso particular la parte ejecutante solamente puede solicitar la ejecución de la obligación principal o la ejecución de la pena por el incumplimiento. De ese modo, concluyó que “se continúa con una indebida acumulación de pretensiones que no fue subsanada”.

Adicionó en su análisis que la pretensión subsidiaria apunta a la ejecución de unos perjuicios no pactados en el contrato que se pretende ejecutar, que así se haya solicitado de forma subsidiaria, no puede acumularse con la principal, ni siquiera tramitarse bajo el mismo proceso, puesto que en ninguna de las cláusulas del contrato se pactó una indemnización por perjuicios compensatorios, al punto que la obligación se

torna en inexistente para que se libre una orden de apremio por ello y al no estar plasmada una indemnización por dicho concepto debe la parte actora adelantar un proceso declarativo para que allí se determine el monto de tales perjuicios.

Concluyó entonces que en ese orden al no contarse con el derecho de postulación y no haberse subsanado la demanda en debida forma, debía ser rechazada, no sin dejar de aclarar que los documentos debían ser cargados al aplicativo del Centro de Servicios Judiciales para los Juzgados Civiles y de Familia de Manizales y no al correo electrónico del Juzgado.

5. La parte accionante interpuso recursos de reposición y subsidiaria apelación. A la sazón, sostuvo que la providencia censurada creó un requisito no establecido por el legislador, en la medida que la única exigencia de acreditación del correo electrónico, de donde debió ser remitido el mensaje de datos, es cuando el mandato sea otorgado por personas inscritas en el registro mercantil, de conformidad con el inciso 3 del artículo 5 del Decreto 806 de 2020, y que siendo la actora persona natural no inscrita en el registro mercantil, no le es exigible tal requerimiento, atendiendo que de conformidad con el artículo 90 del CGP las causales de inadmisión son taxativas.

Acerca de la supuesta inexistencia de la obligación de hacer, se desconoce que la obligación se revela clara, expresa y exigible, a partir de la interpretación armónica de las cláusulas segunda y quinta del contrato, “de las cuales salta a la vista la obligación del demandado de ejecutar sus compromisos a más tardar el día 22 de abril de 2021, data en que se hizo la entrega material del inmueble por lo que se satisfacen los requisitos de claridad especificidad y exigibilidad del título ejecutado”.

En cuanto a los perjuicios moratorios debe entenderse son los causados por el incumplimiento de alguna de las prestaciones del contrato y de conformidad con el artículo 426 del CGP, “deben figurar en el título o incluso se pueden estimar bajo juramento -artículo 206 del CGP-, descripción que se acompasa con la definición legal de la cláusula penal en la que las partes se obligan en dar o hacer, por no cumplir o retardar la obligación principal, quiere esto decir que los perjuicios moratorios deprecados, están expresamente contenidos en el título en el acápite correspondiente a la cláusula penal, pues con independencia del “nomen iuris” que se utilice su esencia es idéntica, perjuicios pactados o estimados por el incumplimiento o retraso de la obligación principal”; a la par, defendió la viabilidad de “demandar concurrentemente la obligación principal y los perjuicios moratorios” por expresa autorización legal en el

inciso 2 del artículo 426 del CGP y el artículo 1594 del Código Civil en cuanto se pueden pedir ambos cuando se haya estipulado la pena por el simple retardo o se haya estipulado que por el pago de la pena, no se extingue la obligación principal, requisitos que, según su entender, están satisfechos en el título ejecutivo “si se observa la cláusula -sic- octava y novena del negocio jurídico que supedita la pena, perjuicios moratorios, al simple incumplimiento sin condición alguna y la cláusula novena donde claramente expone que el cumplimiento de la pena o multa no extingue la obligación principal, pues allí se dispone que se podrán compulsar ejecutivamente ambas”.

En torno a la pretensión subsidiaria planteó “se compadece con el subrogado pecuniario o suma de reemplazo del interés en la prestación de hacer del deudor, de conformidad con el inciso 1 del artículo 428 del CGP”, para de allí insistir que los perjuicios compensatorios sí están contenidos en el título, como que “basta con observar la cláusula décimo primera del negocio jurídico, donde se describen los subrogados pecuniarios o de reemplazo en las hipótesis de incumplimiento total de las partes, pero incluso si no lo estuviera pudiera ser objeto de estimación a través de juramento en los términos del artículo 206 del CGP”.

Finalmente, mencionó que de conformidad con el inciso 1 del artículo 430 del CGP, el Juez deberá librar mandamiento de pago en la forma pedida o en la que estime procedente, no siendo óbice para proferirlo la consideración sobre la improcedencia de alguna petición, si el resto o alguna es viable. Pidió revocar la providencia garantizando el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y honrando los principios de la prevalencia de la norma sustancial sobre la adjetiva y el principio de economía procesal.

6. El Juzgado cognoscente no repuso la decisión y concedió la alzada, una vez reiteró la postura atrás conocida.

### **III. CONSIDERACIONES**

1. La confutación suscitada se contrae al rechazo de la demanda. Se convoca a esta Magistratura a razonar acerca de la fortaleza de los argumentos sostenidos por el Juzgado de instancia en virtud a la inferencia de la no subsanación de los yerros endilgados a la demanda, en particular, la falta de otorgamiento de poder, la no existencia de una obligación clara expresa y exigible en torno al levantamiento de gravámenes y la indebida acumulación de pretensiones.

2. El ordenamiento jurídico colombiano de manera taxativa y dentro del marco de la efectividad del derecho al debido proceso edificó los motivos inadmisorios de la demanda, cuya finalidad atiende a la enmienda de aspectos que desde la presentación del documento inicial resulten vagos o reflejan dudas al operador jurídico, de suerte que su único objeto se compila en la búsqueda de un decurso expedito de la controversia judicial de conformidad con el imperio normativo, por lo menos en cuanto atañe a los presupuestos procesales.

Se previó por el legislador la concesión de un término legal para la rectificación de los defectos concretos que se enrostran, so pena de rechazo, sin que ello involucre una posición extrema de prohibir el acceso a la administración de justicia.

Atendiendo lo estipulado en los numerales 2, 3 y 5 del artículo 90 del Estatuto Procesal Civil, la demanda se deberá inadmitir cuando “no se acompañen los anexos ordenados por la ley”; “[...] las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales”; y “[...] quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso”; posterior al listado, dispuso el legislador “[e]n estos casos el juez señalará con precisión los defectos de que adolezca la demanda, para que el demandante los subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo. Vencido el término para subsanarla el juez decidirá si la admite o la rechaza”.

3. En primer momento se advierte que una de las causales de rechazo gravitó por no aportarse inicialmente el poder y los anexos, al unísono con la demanda en el aplicativo pertinente, no obstante, con la subsanación se agregaron, advirtiéndose que, en principio, el acto de apoderamiento no cumple con los requisitos exigidos en la normativa vigente para determinar la suficiencia en el derecho de postulación. Al efecto si bien existe poder presuntamente suscrito por la demandante, visible a página 15 del documento 04 de subsanación, el adosado no goza de autenticación a la luz del artículo 74 del Estatuto Procesal Civil, habida cuenta que no es documento que emane de un mensaje de datos, en tanto tiene la forma de un documento escrito que ha sido digitalizado, o cuando menos, no se evidenció el origen del acto.

Nótese que, de conformidad con la posibilidad conferida en el canon 5 del Decreto 806 de 2020 “por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de

Emergencia Económica, Social y Ecológica”, es viable que los poderes especiales para cualquier actuación judicial se pueden conferir “mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma”. Ciertamente, el precepto en cita enuncia la facultad de conferirlo mediante mensaje de datos para presumirse auténticos sin presentaciones personales, o reconocimientos, postulado aplicable a las personas naturales, pues para las jurídicas exigió su remisión de la dirección de correo electrónico inscrita para notificaciones judiciales.

En los términos discurridos, el poder adosado no es del todo satisfactorio, aunque no, en rigor, por lo asentado por el Juzgador de instancia, quien cuestionó la trazabilidad de correo electrónico remitido por la mandataria a su poderdante, cuando, se insiste, no es que el poder emanara del mensaje de datos sino de la forma escrita que, ante la falta de autenticidad, se refleja la carencia de poder, que conduce necesariamente a la falta de postulación para ejercer la acción ejecutiva. Baste al efecto traer a colación que la H. Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Penal, ha reconocido la dualidad entre el surgido, por así decirlo, en la forma tradicional y aquel proveniente de un mensaje de datos. En caso semejante al acá escrutado, reseñó la primera de las Salas que “Finalmente, es necesario destacar que si bien el recurrente anexó poder<sup>1</sup> junto con el escrito de impugnación, también lo es que dicho documento no fue suscrito a través de presentación personal, o en su defecto, tampoco cumple con los requisitos del artículo 5° del Decreto 806 de 2020<sup>2</sup>, debido a que no demuestra que se haya conferido mediante «*mensaje de datos*». (...) Por lo explicado en precedencia, no es posible acceder a las pretensiones del impugnante, pues este carece de legitimación por activa para actuar dentro de la presente acción constitucional”<sup>3</sup>. A su turno, la segunda asentó: “Bajo esa misma línea, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el cual implementó el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales para agilizar el trámite de los procesos en todas las jurisdicciones, tal como lo señaló en el artículo 5° de dicha normativa el cual señala: «*Los poderes para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento*». Acorde con las normas señaladas, para que un poder sea aceptado requiere de un texto que manifieste inequívocamente la voluntad de otorgar poder, con al menos los datos de identificación de la actuación para la que se otorga y las facultades

<sup>1</sup> Folio 45 *ibídem*. Anexos del escrito de impugnación.

<sup>2</sup> Artículo 5. Poderes. Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.

<sup>3</sup> Ver providencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021), STC6029-2021, Radicación n.º 13001-22-13-000-2021-00197-01, M.P. Francisco Ternera Barrios.

concedidas al apoderado, la antefirma del poderdante con sus datos de identificación y un mensaje de datos<sup>4</sup> que confiere presunción de autenticidad al mandato conferido y, como tal, reemplaza las diligencias de presentación personal o reconocimiento (CSJ AP, 3 sep. 2020, rad. 55194). Así, pese a que no puede exigirse al abogado que remita el poder suscrito de puño y letra del poderdante o con firma digital y, menos aún, obligarlo a realizar presentación personal o autenticaciones, sí le corresponde demostrarle a la administración de justicia que el mismo le fue concedido y, por ende, es necesario que acredite el *mensaje de datos* con el cual se manifestó esa voluntad inequívoca de quien entregó el mandato. Ello, en tanto en ese supuesto de hecho, está estructurada la presunción de autenticidad. (...) Pese a lo anterior, tras verificar la cadena de correos electrónicos adjuntados en estas diligencias, no se encontró el referido *mensaje de datos*. Es manifiesto, entonces, que el apoderado judicial que ejerce en tiempos de pandemia, en observancia a los artículos 5° del Decreto 806 de 2020 y 6° del Acuerdo 11532 de 2020 tiene la carga procesal señalada en precedencia...”<sup>5</sup>.

4. Más allá del inconveniente analizado, sobresale el contenido sustancial en discusión, en cuanto, en verdad, el eje de procedencia de la ejecución parte de colegir, a satisfacción, la existencia de un título compulsivo, respecto de lo cual cabe anotar que con la subsanación de la demanda se aportó el contrato de promesa de compraventa<sup>6</sup>, mediante el cual el señor Juan José Gregorio Londoño se comprometió a vender a la aquí demandante un inmueble ubicado en el Barrio La Sultana de esta ciudad. De su clausulado se destacarán algunas en concreto en tanto han servido de base al recurrente para entender que el sentido de la ejecución tiene un soporte certero y eficaz.

4.1. En particular, en la cláusula segunda se enuncia que el vendedor lo garantiza libre de toda clase de gravámenes, limitaciones al dominio, entre otros, identificándose en el mismo enunciado los gravámenes vigentes como hipoteca con cuantía indeterminada abierta en favor de Bancolombia, valorización de 15 de agosto de 2017 y embargo ejecutivo con acción real ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales; a renglón seguido, se inscribió “todo lo cual conoce la promitente compradora y acepta”.

4.2. A su turno, se pactó como precio del bien la suma de

---

<sup>4</sup> La expresión *Mensaje de Datos* está definida legalmente en el artículo 2° de la Ley 527 de 1999, como la información generada, enviada, recibida almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudiera ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, correo electrónico, telegrama, el télex o el telefax.

<sup>5</sup> Ver sentencia de diecisiete (17) de agosto de 2021, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, ATP1586-2021, Radicación #118783.

<sup>6</sup> Cfr. Página 7, documento 06, C01Principal, 01PrimerInstancia.

\$360.000.000<sup>oo</sup> pagaderos así: \$150.000.000<sup>oo</sup> en efectivo el día del contrato, y \$120.000.000<sup>oo</sup> el 12 de marzo de 2021, el saldo restante \$90.000.000<sup>oo</sup> con el producto de un préstamo con entidad financiera (no determinada) que sería desembolsado directamente al promitente vendedor, obrando nota que el cumplimiento del convenio quedaba supeditado a la aprobación del crédito.

4.3. En la cláusula quinta se convino que la entrega del inmueble se haría “el día de hoy 22 de Abril de 2021, inmueble que se entregara totalmente desocupado de personas y cosas y en las condiciones pactadas por las partes y en el estado actual de conservación y con los servicios públicos totalmente cancelados hasta la fecha” (rigurosa transcripción).

4.4. El plazo para el cumplimiento de la obligación principal de hacer, otorgamiento de escritura pública, se fijó para el día 21 de mayo de 2021 a las dos y treinta de la tarde en la Notaría Tercera del Círculo de esta ciudad.

4.5. En la estipulación octava se consagró cláusula penal “para garantizar el cumplimiento de todas y cada de las cláusulas contenidas en el presente contrato”, sobre un monto de \$36.000.000<sup>oo</sup> a cancelar “por el contratante que no cumplió”, “ni se allanó a cumplir” todas y cada una de las cláusulas estipuladas, suma que será cancelada “sin necesidad de requerimiento previo, ni constitución en mora a aquél que si hubiera cumplido o se hubiera allanado a cumplir”.

4.6. En la cláusula novena se inscribió que el documento presta mérito ejecutivo para hacer efectivo el cobro de multa en caso de incumplimiento por alguna de las partes “sin perjuicio de que la parte que estuviere dispuesta al cumplimiento de lo aquí pactado pueda exigir ante la autoridad competente el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones por parte de la que no esté dispuesta a su cumplimiento”.

4.7. En la cláusula décimo primera se apuntó “en caso de que EL PROMITENTE VENDEDOR incumpla el presente contrato de promesa de compraventa se obliga para con la promitente compradora a devolverle los dineros recibidos -sic- así como a cancelar la multa impuesta. Así mismo en caso de incumplimiento por parte de LA PROMITENTE COMPRADORA esta se obliga a devolver al promitente vendedor el inmueble en igual esta -sic- de conservación y a cancelar la multa”.

5. El contrato de promesa es aquel en virtud del cual las partes

se obligan recíprocamente a la celebración de un futuro contrato, el cual debe estar determinado con claridad y con las reglas precisas para su ulterior perfeccionamiento, a cuyo fin debe cumplir con las rigurosas exigencias del artículo 1611 del Código Civil, subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, donde, para encabezar, se advierte que la promesa de celebrar un contrato “no produce obligación alguna”, salvo que concurren las especiales circunstancias que la propia ley determina, las cuales son de tal imperio que no se cumplen con facilidad. Desde luego, es verdad sabida que genera una obligación de hacer, consistente en la celebración del contrato prometido, de modo que esa es su finalidad cardinal.

No obstante, el libelo introductor que se somete al estudio de la Magistratura tiene un matiz que le aleja de ese objetivo, puesto que no se ha formulado ejecución para el otorgamiento de la escritura pública que plasme el contrato definitivo, es decir, no se pretende la ejecución del contrato, verbigracia el cumplimiento central, sino ejecución para el cumplimiento de la cláusula segunda, como expresamente se demandó, o sea, la materialización de levantamiento de gravámenes y una consecuencial indemnización de perjuicios. Nótese que en la demanda se rogó, en concreto, “dar cumplimiento a la obligación contenida en la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes de este proceso el día 23 de febrero de 2021, en el sentido de levantar los gravámenes y medidas cautelares allí relacionadas, efectuar la tradición del bien, aunado del pago de los perjuicios moratorios pactados en la cláusula octava del citado negocio jurídico por un importe de \$36.000.000<sup>oo</sup> de pesos”, súplica directa que no admite interpretación, ante lo cual se deja de lado lo principal para encumbrar que existe una obligación contractual dirigida a efectuar, de parte del demandado, el levantamiento de cautelas y gravámenes.

Sin embargo, así se soslaye la impropiedad en que incurre el libelista, se impone enfatizar, sobretudo, que se ha intentado concentrar la censura en que a ese respecto media título ejecutivo para ello, conforme a la tesis impugnaticia, compaginando las cláusulas segunda y quinta, las cuales ni por asomo representan una obligación clara, expresa y exigible en cuanto la cancelación de gravámenes y cautelas. Recuérdese que la cláusula segunda se limitó, por un lado, a señalar que el promitente vendedor garantizaría una enajenación libre de toda clase de gravámenes, limitaciones al dominio y, del otro, se discriminaron las afectaciones vigentes a la fecha del contrato preparatorio, como la hipoteca con cuantía indeterminada abierta en favor de Bancolombia, la valorización de 15 de agosto de 2017 y un embargo ejecutivo con acción real, a fin de puntualizar que eran de pleno conocimiento de la promitente compradora y eso sin entrar a sopesar el

alcance de una manifestación aneja en el sentido que las “acepta”. A su turno, la cláusula quinta en nada le aporta armonía a la estipulación reseñada porque se circunscribe a la entrega material del inmueble. Se podrá deducir, a lo sumo, que, según lo estipulado, para el 22 de abril de 2021, fecha de entrega, el bien debía estar libre de gravámenes y limitaciones de dominio, pero de allí no se sigue que exista una obligación clara, expresa y exigible exclusivamente respecto de dicha norma contractual, de manera separada al contenido del resto del contrato, como se desliga del pedimento del libelo introductor, cuando la principal obligación de hacer, esto es, el momento para la suscripción de la escritura pública, cual era el 21 de mayo de 2021 en la Notaría Tercera del Círculo de Manizales. En todo caso, el contrato no especifica en qué circunstancias debía el deudor acometer “el saneamiento” del inmueble. Y díjase, a propósito, que si se habla de cancelación de hipoteca o de embargos, como objetivo primordial de la ejecución, resulta, por decir lo menos, un dislate, pretender que se libre mandamiento de pago cuando son hechos que involucran derechos de terceros, como lo sería la entidad financiera, acreedora hipotecaria. De otro modo, baste mencionar que no porque se establezca un contenido obligacional, no por sí mismo se deduzca su coerción por la senda del juicio ejecutivo.

El aciago panorama se torna más denso cuando columbra que un interés de la ejecutante apunta a compeler al contradictor “a efectuar la tradición del bien”, expresión que por impropia llevó al Juzgador de primer nivel a un terreno más deleznable. Se ha repetido, y se itera, una vez más, que la promesa de contrato comporta una obligación de hacer relativa al perfeccionamiento del contrato prometido. De esa manera, la tradición haría parte de las obligaciones del contrato definitivo y, por lo mismo, mal podría ser objeto de una ejecución fundada en el convenio preparatorio. Lo dicho es suficiente para descartar un impulso judicial coercitivo, en los términos implorados y, de paso, desvirtúa el desatino del a quo que incursionó, sin justificación jurídica válida, en la sugerencia en el sentido que para efectuar la tradición del bien “se debe adelantar un proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente, de conformidad con el artículo 378 del CGP, es decir, un proceso verbal”. Allende lo inusitado de la aseveración valga la claridad que ese proceso, como su mismo nombre lo indica, es para obtener la entrega material cuando ha operado la inscripción del título en el registro correspondiente, hecho que no es el invocado por la ejecutante, así sea que, de todas maneras, no están dadas las condiciones de ejecutabilidad.

6. Al tiempo, también como súplica principal, se abogó por el pago de “los perjuicios moratorios” pactados en la cláusula octava del citado negocio jurídico por un importe de treinta y seis millones de pesos, o sea, que al clamado de materializar el levantamiento de gravámenes y cautelas,

se quiso enarbolar un pedimento de unos perjuicios que, en apariencia, provenían del título de ejecución. En este tópico, una primera claridad conlleva que se hizo una amalgama inextricable entre perjuicios moratorios y cláusula penal que, después, se intentó aclarar por vía de la impugnación. Con abstracción de ello, conviene patentizar que, tratándose de obligaciones de hacer, el artículo 426 del Estatuto Procesal faculta que en las obligaciones de dar o hacer, el demandante puede pedir que la ejecución se extienda a los perjuicios moratorios desde que la obligación se hizo exigible hasta que se cumpla, para lo cual estimará bajo juramento su valor mensual, si no figura en el título ejecutivo. En cuanto a los compensatorios, regla el artículo 428, el acreedor puede demandar “desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero”. Y agrega: “Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la forma ordenada en el mandamiento ejecutivo deberá solicitarlo **subsidiariamente** en la demanda”

Cierra la órbita normativa, para los efectos puntuales de lo tratado en este proveído, el artículo 433 en cuanto dispone que en el mandamiento ejecutivo el juez “ordenará al deudor que se ejecute el hecho dentro del plazo prudencial que le señale y libraré ejecución por los perjuicios moratorios cuando se hubieren pedido en la demanda”.

Bastaría aseverar que, si se advierte la inexistencia de los requisitos del precepto 422 del Código General del Proceso en torno a la obligación clara, expresa y exigible de manera individual de la cláusula segunda del contrato pactado entre las partes y tampoco se extrae de las súplicas la configuración de una obligación de hacer pues no se pide la suscripción de instrumento público, se torna tan impreciso como improcedente la súplica de perjuicios contenido en la primera pretensión.

Cosa semejante acaece si la pretensión se asimila a título de la cláusula penal pactada. En este caso, inclusive, se aprecia que no se contrató la permisión de pago de la pena, más la ejecución parcial del contrato en los términos de suplicarse solo la observancia de la cláusula segunda del negocio y, peor aún, no contiene la posibilidad de concurrencia de la exigencia junto con la obligación principal, dado que solo es admisible dicho proceder judicial en el evento de pacto expreso. En la literalidad del título adosado no se plasmó la cancelación de la pena sin perjuicio de la

observancia de la obligación principal o de su cobro paralelo.

La cláusula penal que se pacta en los contratos bilaterales es concebida como una tasación anticipada del monto de los perjuicios causados en razón del incumplimiento que se haya derivado por una de las partes, siempre y cuando se genere su pacto e inclusión en las cláusulas del contrato perfeccionado por los sujetos contratantes; no hay duda de su linaje como una indemnización convencional o pena; su regulación está impuesta en los cánones 1592 y siguientes del Código Civil, compilación en el cual se desarrolla de manera imperativa su exclusión o no, con la obligación principal dejada de ejecutar, y su acumulación con los intereses en caso de existir convenio expreso al respecto.

En últimas, es un aspecto accesorio al contrato, con base en que no se constituye en la obligación principal a ejecutar y solo tras el incumplimiento se convierte en exigible; busca es que esté pactada, como se advirtió, como la tasación de los perjuicios que se vayan a generar con la desidia en realizar lo que le competía de acuerdo a la ley contractual; y se enfila del todo, en que no sea necesario compeler por incumplimiento a efecto de la declaratoria de perjuicios y de su cuantía. En tal sentido, es concebible en una doble modalidad, dependiendo de la manera redacción de la cláusula que la contenga o de la voluntad expresa e indefectible de las partes, pues no solo tiene que entenderse como la indemnización por los perjuicios, sino que, dependiendo de las circunstancias y favorabilidad para ellas, conforme a lo convenido, pudo haber sido negociada como una simple pena por el retardo o incumplimiento en la realización de su obligación contractual.

De otro lado, se atisba que la cláusula penal, puede ostentar dos modalidades, la compensatoria y la moratoria, siendo la primera concebida como la generalidad de entendimiento de tal convención, es decir, se convierte en la tasación anticipada de la cuantía de los perjuicios que se causen por el incumplimiento; en cambio, la segunda tiene como finalidad el resarcimiento de los perjuicios, pero siempre relacionados con el retardo en ejecutar la obligación debida.

Consecuente con lo esbozado es menester precisar al respecto y ya discernida la clasificación de cláusula penal, en orden a que proceda la acumulación de cualquiera con la obligación principal y perjuicios, es menester que exista pacto expreso conforme a los preceptos 1594 y 1600 del Código Civil. Nótese que el primero de esos cánones advierte 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. Del otro,

constituido el deudor en mora, no 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.

Incluso es acumulable los factores de obligación principal, la cláusula penal en su modalidad moratoria y los intereses moratorios, empero, el pacto respecto del cobro debe ser expreso y por supuesto nítido; al efecto expone el Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar en su libro *Contratos Mercantiles Tomo I*<sup>7</sup>: “Como efecto importante de la cláusula penal, tenemos la estimación anticipada de perjuicios que ella conlleva. Mediante la convención las partes están liquidando en forma anticipada los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. El acreedor queda librado de la carga de probar los perjuicios que ha sufrido a causa de la inejecución o el retardo de la obligación principal. Como norma general no es posible acumular por el acreedor, la petición del reconocimiento de la pena y de reconocimiento de la obligación, pero si expresamente pactan las partes que por el pago de la pena, no se entiende extinguida la obligación principal, será procedente la acumulación como se desprende del texto del artículo 1594 del Código Civil. Es necesario el pacto expreso de las partes en el sentido de establecer un apremio al deudor, una pena por el retardo, que no impide el cumplimiento de la obligación principal. Como el efecto propio de la naturaleza de la cláusula penal, es la de conllevar la indemnización de perjuicios, no es posible tampoco reclamar la indemnización de perjuicios y la pena. Pero resulta que la cláusula penal puede tener otros efectos, como realizar un apremio al deudor para que cumpla bajo amenaza o pena o incluso también un efecto de garantía para el cumplimiento de la obligación principal, en estos eventos será posible acumular el cobro de la pena y de la indemnización de perjuicios, cuando expresa y claramente así se acordó. Si nada se dice, se entiende entonces, por implicar la cláusula penal evaluación anticipada de perjuicios, que el acreedor a su arbitrio podrá reclamar la pena o la indemnización de perjuicios, pero no ambas cosas. Señala en este sentido, el artículo 1600 del Código Civil lo siguiente: “No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”. Por otro lado observamos anteriormente cómo el contenido del interés moratorio implica la indemnización de perjuicios por el retardo, de allí que tenemos que admitir que, en principio, no es posible acumular para el cobro la cláusula penal y los intereses moratorios; y decimos en principio, pues queda a decisión contractual de las

---

<sup>7</sup> Biblioteca Jurídica DIKE, undécima edición, Medellín Colombia, páginas 164 y ss.

partes advertir que la cláusula penal no tiene una función de evaluación anticipada de perjuicios ocasionados por la mora del deudor, sino señalar que su función es meramente punitiva o de apremio. De hacerlo así, perfectamente podrá el acreedor cobrar simultáneamente dicha cláusula penal e intereses moratorios, pero tal manifestación debe ser expresa, porque no siendo así, se presumirá que la cláusula penal tiene como función la estimación anticipada de perjuicios. Simplemente la cláusula penal es evaluación anticipada de perjuicios, el acreedor tendrá que decidir si reclama ésta o si cobra los intereses moratorios, en ambos casos estaría liberado de probar que sufrió perjuicio su cuantía; y no puede el deudor alegar que el acreedor no sufrió perjuicios o que éstos alcanzaron menor cuantía. Con el mismo criterio expuesto, se ha venido pronunciando la Superintendencia Bancaria desde mayo 26 de 1977, cuando señaló: "tanto la cláusula penal como los intereses moratorios obedecen a una misma filosofía consistente en sancionar al deudor que incumple con sus obligaciones; y las diferencias entre dichas figuras obedecen más a razones de forma que de fondo; por lo tanto es incompatible la coexistencia de dichas figuras puesto que con ella se estaría dando lugar a sancionar doblemente por un mismo acto ... ; tal evento sólo sería posible (el de cobrar la cláusula penal y los intereses moratorios) en el caso en que se hubiere estipulado entre los contratantes que la cláusula penal tiene tan sólo la función de apremio al deudor, pues como ya lo vimos tal intención debe pactarse expresamente ya que de no decir nada, la ley entiende que su función es la de indemnizar por la mora y por lo tanto el deudor tan sólo estará obligado a pagar la cuantía en que ella hubiere estipulado". Para concluir es procedente advertir que la cláusula penal, cualquiera que fuere su oficio, se encuentra sometida a la facultad judicial de moderación cuando ocurre un pacto exagerado de las mismas que rompa el equilibrio prestacional. Los artículos 867 del Código de Comercio y 1601 del Código Civil son el fundamento para las reducciones. La ley 45 de 1990 establece en el párrafo 2° del arto 65, lo siguiente: "toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria, se tendrá como interés de mora, cualquiera que sea su denominación". Todo parece indicar que en materia mercantil quedó proscrita la cláusula penal de apremio y en el evento de pactarse, se computará al interés de mora y si sumada con éste rebasa los límites legalmente admitidos, se aplicará la sanción prevista en el arto 72 de la misma ley". (Subraya fuera de texto)

En el asunto analizado, en la cláusula penal convenida se determina que no existe pacto alguno en torno a la admisión de su reclamo en los términos deprecados, y menos asociado a la obligación principal parcial como se suplicó; se resalta que en la cláusula octava que edifica la

cláusula penal se advierte en sus palabras textuales que para garantizar el cumplimiento de “todas y cada una de las cláusulas” se fija el monto específico que será cancelado por el “contratante que no cumplió, ni se allanó a cumplir todas y cada una de las cláusulas”, en la cláusula novena se convino de manera traslúcida la exigibilidad de la sanción penal sin perjuicio de que la parte que estuviere dispuesta a cumplir pueda exigir el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones por parte de la que no esté dispuesta al acatamiento; más nada se predijo respecto del pedimento de observancia parcial de la obligación principal. Ese silencio genera un efecto de incompatibilidad con las súplicas de la demanda, de modo que no es posible acumular, al arbitrio del ejecutante, el cobro segregado de la obligación principal, y la pena, dejando a ciernes el convenio prometido, sin evidenciarse unos postulados de obediencia total del pacto celebrado.

Con todo, y los altibajos de la estipulación sancionatoria contenida en el contrato preparatorio, subyace un estado de incertidumbre alrededor del objetivo central de la convención, en tanto si bien se ha denunciado el incumplimiento contractual de una de las partes, se guardó absoluto silencio sobre el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratante que demanda. Cumple evocar que para exigir el cumplimiento de un contrato bilateral, incluida indemnización de perjuicios, está legitimado quien haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo suyo (artículo 1546 Código Civil), cuestión que no está probada, salvo las afirmaciones sobre pagos, pero nada se dijo, por ejemplo, sobre la concurrencia a la Notaría en la época fijada para el perfeccionamiento del contrato prometido.

7. Por último, en torno a la pretensión subsidiaria enfilada a obtener el pago de las sumas abonadas (\$270.000.000<sup>oo</sup>), a título de perjuicios compensatorios, más los intereses moratorios de dicha suma “a la máxima tasa de usura permitida por nuestro ordenamiento jurídico”, no existe ninguna cláusula contractual que permita la exigibilidad de tal devolución, amén de que colisiona con dos inconvenientes insalvables, a saber, primero, que no sería posible ordenar una prestación que hacer parte de un conjunto denominado prestaciones mutuas que solo cobra vida frente a la resolución del contrato, esto es, a modo de consecuencia, lo cual impide que se profiera una orden judicial autónoma dejando en vigor lo restante del contenido contractual, o, en otros términos, no se puede generar una ablación del contrato; segundo, la súplica se propuso como especie de indemnización de perjuicios compensatorios que, como se vio, son subsecuentes a la obligación principal de hacer, según los citados artículos 426, 428 y 433 del Ordenamiento Procesal.

8. En suma, la responsabilidad contractual que encierran las peticiones principales y subsidiarias del linaje anunciado, cabría deducirla, en gracia de hipótesis, dentro de procesos declarativos donde pudieren ser reclamados, incluso, daños surgidos de la desatención del ligamen contractual, como consecuencia de la definición integral de la relación jurídica.

9. En tales condiciones, la decisión rebatida será convalidada, eso sí, en el entendido que lo es por las razones acá consignadas y que, en honor a la verdad, desembocan en la inexistencia de requisitos para librar mandamiento de pago.

#### **IV. DECISIÓN**

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, **CONFIRMA** el proveído promulgado el 28 de febrero de 2022, por medio del cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, rechazó la demanda ejecutiva de obligación de hacer, promovida por la señora Paula Andrea Toro Monroy, en contra del señor Juan José Gregorio Londoño Martínez.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

**ÁLVARO JOSÉ TREJOS BUENO**  
**Magistrado**

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Sala Civil-Familia. Auto AJTB 17001-31-03-002-2022-00020-02

Firmado Por:

Alvaro Jose Trejos Bueno  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 9 Civil Familia  
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1e8555253f51f6c18eac17f25c8ac0613b20aaffadab712817be1ad0d0efa738**

Documento generado en 06/05/2022 07:37:57 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**