

Señor

**JUEZ TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO**

J03cctosogamoso@cendoj.ramajudicial.gov.co

*Vía correo electrónico*

**Referencia:** Proceso ejecutivo de COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. E.S.P. en contra de CARBONERAS CALIFORNIA DOS S.A.

**Radicación:** 15759-31-003-003 2021-00020-00 (J-3)

**Asunto:** **Descorro el traslado del recurso de reposición presentado por la parte demandada contra el mandamiento de pago.**

**SANTIAGO CRUZ MANTILLA**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado judicial de **COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. E.S.P.**, por medio del presente memorial **DESCORRO EL TRASLADO** del recurso de reposición presentado por Carboneras California Dos S.A. contra el mandamiento de pago (en adelante el “**Recurso**”).

## **1. OPORTUNIDAD**

Ejercicio esta actuación procesal oportunamente. El Recurso se presentó el viernes 30 de julio de 2021 mediante mensaje de datos. Según lo previsto en el Decreto 806 de 2020 el traslado del Recurso se surtirá luego de pasados dos días de la recepción del mensaje de datos, por lo cual, el término de tres días de traslado inició a correr el 4 de agosto de 2021 y vence el 6 de agosto de 2021.

## **2. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO**

Previo a entrar a exponer las razones por las cuales el Recurso debe ser denegado, a continuación se sintetizarán brevemente los argumentos de impugnación esgrimidos por la Demandada:

(i) Aduce la Demandada que “*El título base de la ejecución no contiene una obligación clara ni expresa*”, en síntesis, porque (a) a su juicio supuestamente el “Contrato

PPU-17523847.v2

Chile - Colombia - Perú

CES 2017-01 – Contrato de suministro de carbón para la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. – Proyecto TermoaiPA IV” (el “**Contrato de Suministro**”) tiene un valor “*indeterminado*” o “*fluctuante*”, (b) porque, a su juicio, supuestamente el Contrato de Suministro no reguló la forma en que habría de actualizarse el precio del mismo; y (c) porque la pena sería equivalente al 10% del valor del contrato, por lo que no es dable cobrar una penalidad “*sobre 10 años*”.

(ii) Argumenta la Demandada que “*El título base de la ejecución no contiene una obligación exigible*”, en síntesis porque (a) a su juicio, las pretensiones de la demanda son supuestamente declarativas y no ejecutivas, y que por consiguiente debería de agotarse primero un proceso declarativo que establezca que la Demandada es deudora de la cláusula penal; (b) a su juicio, esas supuestas pretensiones declarativas debieron de haberse ventilado ante el juez natural del Contrato de Suministro, que es un tribunal arbitral; (c) a su juicio, mi representada desconoció el procedimiento contractual para notificar los incumplimientos y terminar el Contrato de Suministro, bajo la tesis de que entre la notificación de incumplimiento y la terminación efectiva del contrato transcurrieron más de 15 días; (d) a su juicio el Contrato no está terminado; y (e) a su juicio mi representada no demostró ser un contratante cumplido que lo habilite para iniciar la ejecución.

(iii) Alega la Demandada que “*el cobro de la cláusula penal y los intereses moratorios constituye un cobro de lo no debido*”, porque a su juicio de esa forma se pretende el cobro de una doble indemnización.

En adición a lo anterior, la Demandada formuló las siguientes “excepciones previas”:

(i) “*Cláusula compromisoria*”, en síntesis, porque considera que las disputas sometidas a este proceso deben ser resueltas bajo el acuerdo arbitral contemplado en la Sección 27.6. del Contrato de Suministro, ya que considera que las pretensiones formuladas son declarativas y no ejecutivas.

(ii) “*Falta de competencia*”, ya que, en línea con lo anterior, quien sería el competente para resolver estas disputas sería un tribunal arbitral.

(iii) “*Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales*”, en síntesis, porque considera que la demanda debía contener juramento estimatorio ya que, a su juicio, las pretensiones son supuestamente indemnizatorias.

### **3. RAZONES POR LAS CUALES EL RECURSO ESTÁ LLAMADO A SER DENEGADO**

Procedo a pronunciarme respecto de cada uno de los argumentos planteados en el Recurso, en el mismo orden que fueron planteados.

**3.1 El mandamiento de pago se profirió acertadamente en Derecho, con base en un título ejecutivo que contiene una obligación clara y expresa**

**(a) El valor del Contrato de Suministro es indeterminado, pero *determinable*, y en consecuencia existe en efecto una obligación clara y expresa que soporta el mandamiento de pago**

Con sustento en el Artículo VI y IV del Contrato de Suministro, el Recurso pretende que se revoque el mandamiento de pago porque supuestamente el valor del Contrato de Suministro no está determinado. Este argumento debe ser desechado en cuanto la ejecución que se pretende se deriva de un título ejecutivo complejo que permite, sin mayores esfuerzos, estructurar la existencia de un obligación clara y expresa.

Respecto de la claridad y expresividad de la obligación, la doctrina colombiana ha entendido que:

**“La claridad de la obligación debe estar no solo en la forma exterior del documento respectivo sino, más que todo, en el contenido jurídico de fondo. Pero como la obligación es un ente complejo que abarca varios y distintos elementos (objeto, sujeto activo, sujeto pasivo, causa), la claridad se determina por la comprensión de todos sus elementos constitutivos. (...) Cabe tener en cuenta que no pierde claridad por la circunstancia de no especificar el objeto, si este es determinable con los datos contenidos en el documento y sin necesidad de acudir a otros medios probatorios.**

**(...) la exigencia de expresividad de la obligación no se presenta absoluta; existen atenuaciones frente a este requisito necesario para consolidar mérito ejecutivo, como se ve con claridad en los títulos ejecutivos contractuales.”<sup>1</sup> (Énfasis añadido)**

---

<sup>1</sup> Montañez, D., & Medina, J. (2012). El título ejecutivo: Presupuesto de ejecución e instrumento de intimación al pago. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario. doi:10.2307/j.ctvm7bbdh

En el caso concreto, la claridad de la obligación y la expresividad se deriva de los documentos que conforman el Contrato de Suministro. Aceptar la interpretación propuesta en el Recurso daría al traste con la posibilidad de ejecutar casi cualquier obligación contractual pactada, pues sería una exigencia de imposible cumplimiento.

En igual medida, la claridad de la obligación se deriva del Anexo 7 del Contrato de Suministro, respecto del cual brilla por su ausencia la más mínima mención por parte de la Demandada en el Recurso. Este anexo arroja toda la claridad necesaria para determinar el contenido jurídico de fondo, como resulta de su simple lectura:

En Paipa-Boyacá, el 10 de noviembre de 2017, a las 3:20 m en la sala de juntas del tercer piso del edificio administrativo de termopaipa IV unidad, se llevó a cabo la reunión para negociar con los representantes del TÍTULO MINERO 14174 los señores CARBONERAS CALIFORNIA DOS S.A.S Propuesta 1 y los representantes de la CES para definir las cantidades y los valores a suministrar por los siguientes 10 años según contrato que se firmara entre el 15 y el 17 de noviembre, quedando de la siguiente manera:

Cantidades Fijas a suministrar:	500 t/mes
Cantidades Opcionales a suministrar:	500 t/mes
Valor por tonelada Fija 2017:	\$122.000/t a 6300 kcal/kg
Valor por tonelada Opcional:	\$1.000 t

Se cierra el proceso de negociación, siendo las 3:20 Pm, firman las partes en constancia:

Anexo 7 del Contrato de Suministro obrante a folio 64 de la demanda

Como se ve, el Anexo 7 establece las cantidades fijas a suministrar, las cantidades opcionales a suministrar, el valor por tonelada fija y el valor por tonelada opcional. Esta es información más que suficiente para determinar el valor del Contrato de Suministro, y por consiguiente para determinar el valor de la cláusula penal que se está ejecutando.

Así mismo, este Anexo hace parte integral del Contrato de Suministro según se pactó bajo el mismo:

7. "Contrato" tendrá el significado asignado en el Preámbulo del presente Contrato e incluye los siguientes anexos que forman parte integral del mismo:

Anexo 1 – Cronograma de Envíos

Anexo 2 –Especificaciones de Calidad

Anexo 3 – Límites de Rechazo y Fórmula de Ajuste por Desviaciones de Calidad.

Anexo 4 – Procedimiento de Entrada de Carbón – Termopaipa IV.

Anexo 5 –Títulos Mineros.

Anexo 6 – Cámara de Comercio y Rut del Vendedor

Anexo 7 – Acta de Negociación

Anexo 8 – Compromisos

Anexo 9 – Cámara de Comercio del Comprador

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los requisitos de claridad, expresividad y exigibilidad se derivan de la aportación de todos los documentos que comportan el título. Al respecto ha señalado:

*“(...) al configurarse la existencia de un título de carácter complejo, será imprescindible aportar con la demanda, la totalidad de los documentos que lo componen, de cuyo conjunto, no sobra insistir, se desprenda una obligación clara, expresa y exigible, en las voces del artículo 422 del Código General del Proceso, citado.”<sup>2</sup>*

De esta manera, el argumento del Recurso según el cual la indeterminación del valor del contrato (en una lectura aislada de las cláusulas que lo conforman, y haciendo una representación incompleta de los diferentes documentos que hacen parte integral del Contrato de Suministro) es infundado: contrario a lo argumentado por la demandada, el estudio integral de los documentos que conforman el Contrato de Suministro, lleva a la inevitable conclusión de que el valor del contrato, y por consiguiente de la cláusula penal a ejecutar es en efecto perfectamente determinable, y por consiguiente la obligación ejecutada es clara y expresa.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC-18085-2017 de 2 de noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

Ahora bien, como si lo anterior fuera poco, el Recurso desconoce que expresamente las partes dejaron consignada su voluntad de que la cláusula penal presta mérito ejecutivo, configurando una obligación clara, expresa y exigible. En el Artículo XIII las Partes pactaron la siguiente cláusula penal:

*“Cuando el presente Contrato se termine anticipadamente por un incumplimiento de cualquiera de las Partes, la Parte cumplida podrá exigirle a la Parte incumplida, el pago de una pena correspondiente a (sic) 10% del valor del contrato, la cual deberá ser pagada por la Parte incumplida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de Incumplimiento que envíe la otra Parte. Vencido este término, tal valor se cobrará por vía ejecutiva, para lo cual este Contrato prestará mérito ejecutivo.”*

No halla ningún sentido entonces cuestionar la claridad y expresividad de la obligación ejecutada cuando queda sentado que: (i) la cláusula penal misma dispone su mérito ejecutivo; (ii) la cláusula penal hace parte del Contrato de Suministro, acto jurídico sobre el cual la Demandada otorgó su consentimiento y constituye un documento válidamente otorgado por ésta; (iii) el valor del Contrato de Suministro no es indeterminado, sino perfectamente *determinable* a través de los documentos contractuales que forman parte integral del mismo, en particular el Anexo 7; y (iv) por tanto, el valor de la cláusula penal es determinable con los mismos documentos que conforman el título ejecutivo complejo, reuniendo el requisito de la expresividad.

**(b) El IPP que se pactó y ejecutó en el marco del Contrato de Suministro se encuentra debidamente probado**

El Recurso pretende desacreditar la expresividad y claridad de la obligación ejecutada bajo el argumento que no existe claridad sobre el Índice de Precios al Productor aplicable para actualizar el valor de la tonelada pactada. Esta posición es infundada y desconoce, una vez más, los precisos términos del Contrato de Suministro.

Bajo el Artículo VI del Contrato de Suministro las Partes acordaron un Precio base del Carbón de ciento veintidós mil pesos (\$122.000) por tonelada fija. En la misma cláusula se estableció que “[e]l Precio de Venta será objeto de actualización cada 12 meses, de acuerdo con el incremento del índice de Precios del Productor certificado por el DANE el año anterior”. Al igual que con el Anexo 7, la parte Demandada pretende sin más omitir la existencia de esta cláusula válidamente

pactada para pretender justificar sus argumentos. No obstante, esa cláusula fue válidamente pactada y ejecutada, y el Juzgado acertadamente la aplicó para proferir el mandamiento de pago.

En la ejecución del Contrato de Suministro, ya se había aplicado el respectivo índice de Oferta Interna, según consta en la comunicación de 8 de enero de 2019 que obra a Folio 75 de la demanda:

Con respecto del contrato de suministro de carbón y de acuerdo con la Sección 6.2 (Precio) CES ajustará el valor a Enero 2019 correspondiente al incremento del IPP (Oferta Interna) según la publicación del DANE, que representa 4,21% del valor original.

De lo anterior queda claro que no tiene ningún sustento la afirmación según la cual la aplicación del IPP resulta en un obstáculo para la claridad y exigibilidad de la obligación.

**(c) El valor total del contrato corresponde al total de los diez años que serían suministrados y no al valor anual del contrato**

En el Recurso se alega que el cobro de la cláusula penal debía tener en cuenta el valor anualizado del contrato, al que se refiere la cláusula 6.1., no obstante esta interpretación es equívoca en cuanto la misma cláusula penal señala que el valor a cobrar será aquel correspondiente a la ejecución total del contrato.

#### **ARTÍCULO XXIII. Cláusula Penal**

Cuando el presente Contrato se termine anticipadamente por un incumplimiento de cualquiera de las Partes, la Parte cumplida podrá exigirle a la Parte incumplida, el pago de una pena correspondiente a 10% del valor del contrato, la cual deberá ser pagada por la Parte incumplida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de incumplimiento que envíe la otra Parte. Vencido este término, tal valor se cobrará por vía ejecutiva, para lo cual este Contrato prestará mérito ejecutivo.

En tal medida, el Recurso no se encuentra llamado a prosperar en cuanto, de un análisis completo de los documentos contractuales, queda en evidencia que las partes acordaron un valor anualizado del contrato que quedó estipulado en la cláusula 6.1., pero este valor anualizado es distinto al “valor del contrato” al que se refiere la cláusula penal. En efecto, el valor anualizado no

corresponde con el valor total del contrato. En otras disposiciones contractuales quedó claro que el valor anual de contrato es aquel de la cláusula 6.1, pero este es un valor diferente al valor total del contrato.

Por ejemplo, en el artículo 13, las partes acordaron que el valor estipulado anual de la cláusula 6.1 sería aquel el que se utilizaría para la constitución de las pólizas de seguro.

### **ARTÍCULO XIII. GARANTÍAS Y SEGUROS**

El Vendedor se obliga a contratar, entregar al Comprador y mantener vigente durante el término de este Contrato, las siguientes pólizas de seguros que deberán ser contratadas con una Compañía de Seguros legalmente establecida en Colombia, así:

- a) **Cumplimiento General del Contrato:** Por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del Contrato que ampare el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del presente Contrato.
- b) **Pago de salarios y prestaciones sociales:** Ésta póliza deberá cubrir todos los trabajadores que el Vendedor emplee para la ejecución del Contrato, por una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato.
- c) **De responsabilidad civil extracontractual:** Debe estar vigente durante el plazo de ejecución y dos (2) meses más, por una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato.

Las garantías deberán sujetarse a las siguientes reglas:

- a) La Póliza se expedirá a favor del Comprador.
- b) El valor garantizado será el valor anual del Contrato, de conformidad con la Cláusula 6.1. del Contrato.

Aquí las partes dejan claro que el valor anual del contrato es totalmente diferente al valor total del contrato al que se refiere la cláusula penal. Si la voluntad de las partes hubiera sido limitar la cláusula penal al valor anual del contrato hubieran pactado expresamente que el valor de dicha cláusula penal sería el valor anual del contrato, como se señala en el Artículo XIII. Pero no fue así el caso.

Así las cosas el Recurso pretende una vez más desconocer los términos del Contrato de Suministro: desconoce que las partes, en la autonomía de su voluntad, distinguieron el valor anual del contrato para algunos efectos contractuales, del valor total del contrato. Este segundo, pactado en la

cláusula penal, no puede ser ninguno otro que aquel que se deriva del total de la ejecución del contrato (10 años), tal y como acertadamente lo concluyó el Juzgado en el mandamiento de pago.

En el mismo sentido, tampoco están llamados a prosperar los argumentos de la Demandada en el sentido que al estar el Contrato de Suministro en el cuarto año de ejecución, no habría lugar a cobrar la cláusula penal sobre los 10 años de duración del Contrato. No solo por lo mencionado anteriormente, sino porque, como se verá con más detalle más adelante, la cláusula penal pactada no fue a título de indemnización de perjuicios, sino de *pena*, por lo que es indiferente en qué punto de la ejecución del Contrato de Suministro la misma se causó, en cualquier caso de incumplimiento procede su ejecución total y en la cuantía correspondiente a sus términos.

En tal medida, la Cláusula Penal a la que CES tiene derecho es de ochocientos cuarenta y ocho millones doscientos cincuenta y cinco mil seiscientos cincuenta y siete pesos de pesos (\$848.255.657). Esta suma corresponde al 10% del valor total del Contrato de Suministro (\$7.320.000.000) actualizado. El valor total del Contrato de Suministro se calcula teniendo en cuenta que, como se dijo atrás, California Dos se obligó a suministrar quinientas (500) toneladas de carbón mensuales, es decir seis mil (6000) toneladas anuales, a un precio base inicialmente establecido en ciento veintidós mil pesos (\$122.000) por tonelada (es decir, \$732 millones anuales), por una vigencia de diez (10) años. Sin embargo, con base en la misma cláusula VI este precio debe actualizarse anualmente, de acuerdo con el índice de Precios del Productor del DANE. Considerando lo anterior, y que el Precio de Venta actual es de ciento treinta y cinco mil doscientos noventa y nueve pesos (\$135.299), y el valor total actualizado del Contrato de Suministro es, como se dijo, de ochocientos cuarenta y ocho millones doscientos cincuenta y cinco mil seiscientos cincuenta y siete pesos de pesos (\$848.255.657). La cláusula penal objeto de ejecución es perfectamente clara y exigible en este sentido, y por consiguiente el Recurso impetrado está llamado al fracaso y el mandamiento de pago deberá confirmarse. Así se solicita desde ya.

### **3.2 El mandamiento de pago se profirió con sustento en una título ejecutivo que contiene una obligación exigible por la vía judicial**

El Recurso pretende plantear que mi representada acudió incorrectamente a la acción ejecutiva. La demandada alega la imposibilidad de iniciar un cobro ejecutivo que persiga la cláusula penal del Contrato de Suministro hasta tanto no se agote un proceso declarativo, en este caso arbitral, que verse sobre el incumplimiento del contrato.

Esta postura esta postura debe ser tajantemente rechazada por varias razones. En primer lugar, porque las partes expresamente excluyeron del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria el cobro ejecutivo de la cláusula penal. En efecto, la cláusula penal establece:

*“Cuando el presente Contrato se termine anticipadamente por un incumplimiento de cualquiera de las Partes, la Parte cumplida podrá exigirle a la Parte incumplida, el pago de una pena correspondiente a (sic) 10% del valor del contrato, la cual deberá ser pagada por la Parte incumplida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de Incumplimiento que envíe la otra Parte. Vencido este término, tal valor se cobrará por vía ejecutiva, para lo cual este Contrato prestará mérito ejecutivo.”* (subrayado y negrilla como énfasis).

Bajo la cláusula anterior, las Partes expresamente acordaron someterse a la “vía ejecutiva”, es decir a un proceso ejecutivo y ante la jurisdicción ordinaria, tratándose de disputas relacionadas con el cobro ejecutivo de la cláusula penal.

En segundo lugar, y en línea con lo anterior, actualmente en Colombia la ejecución de una obligación es competencia exclusiva de los jueces ordinarios. Desde antaño la Corte Suprema de Justicia ha reconocido dicha competencia exclusiva de los jueces, en los siguientes términos:

*“Sin embargo, excepcional y transitoria e individualmente se permite que el Estado delegue su función en administrar justicia en particulares, como en los árbitros (Art. 116, inc. Final. C. N.), de acuerdo con la ley y precisamente la ley actualmente vigente continúa con el criterio tradicional de reserva por parte del Estado del poder jurisdiccional de ejecución, debido a su esencia coercitiva y coactiva de las órdenes, y medios y medidas que en ella deben aplicarse; razón por la cual se excluye de la posibilidad de cláusula compromisoria, compromiso y arbitraje los asuntos de ejecución”<sup>3</sup>. (Subrayado y negrilla como énfasis).*

Conceder el recurso bajo la interpretación de la Demandada significaría transgredir el derecho fundamental de mi representada al acceso a la administración de justicia para la ejecución de la

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente 1566 de 1994. [M.P. Pedro Lafont Pianetta; septiembre 23 de 1994]

cláusula penal, cuyo mérito ejecutivo fue precisamente otorgado por la misma voluntad de las partes. Al respecto resulta pertinente destacar lo que la doctrina nacional ha señalado al respecto:

*“(…) los procesos de ejecución son competencia exclusiva del Estado y que, si bien la cláusula compromisoria se puede extender a las diferencias que se susciten entre las partes durante la ejecución del contrato, **no puede predicarse lo mismo de la ejecutabilidad del contrato como título ejecutivo.** En el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que el debido proceso tiene como regla imperativa el adelantamiento de los procesos ante el juez competente, siendo el Estado, el titular nato del poder jurisdiccional, pudiendo excepcional y transitoriamente, delegar esa función en particulares, como son los árbitros. Dicho de otra manera, **el Estado se reserva el poder jurisdiccional de ejecución y, el arbitramento jamás impide a las partes adelantar antes los jueces ordinarios los procesos de ejecución**”<sup>4</sup>. (subrayado y negrilla como énfasis).*

Además de lo anterior, pretender que se sometieran estas disputas a una vía diferente a la ejecutiva no es solo contrario a los términos del Contrato de Suministro, no solo violaría el derecho de acceso a la administración de justicia, sino que sería contrario al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de mi representada, reconocido en tratados internacionales, en la Constitución, y en el Artículo 2 del Código General del Proceso. En efecto, la competencia de un tribunal arbitral para perfeccionar actuaciones procesales necesarias y elementales para obtener el cobro ejecutivo, tales como ordenar y practicar medidas cautelares, es restringida y no tiene parangón con la competencia amplia del Juzgado en ese sentido, que garantiza el ejercicio efectivo de los derechos de mi representada.

Por otro lado, en contravía de lo expuesto en el Recurso, no resulta necesario agotar un juicio declarativo que establezca el incumplimiento del contrato para poder ejecutar la cláusula penal, precisamente porque la cláusula penal presta mérito ejecutivo por sí sola. Al respecto del Consejo de Estado ha establecido:

*“Puede ocurrir que el deudor deshonre su compromiso, de manera que el acreedor tiene el derecho a exigirle que le satisfaga su crédito, en forma inmediata, o reconviniéndolo*

---

<sup>4</sup> Barreto Lezama, A. (2020). La cláusula compromisoria como excepción en los procesos ejecutivos: una tesis sobre su improcedencia. Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo, 12(24), 290–301. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2676>

*para constituirlo en mora, según el caso. Ante la mora, el acreedor puede acudir al juez para pedirle que lo ejecute y obligue a cumplir con lo pactado, siempre que el correspondiente contrato preste mérito ejecutivo. Dicho de otra forma, en la medida en que el contrato reúna las condiciones para servir de título ejecutivo, las obligaciones que allí se encuentran pueden ser ejecutadas por el juez; pero si no tiene esta fuerza, entonces el acreedor cumplido debe proceder a instaurar un proceso judicial de conocimiento, para que el juez proceda a efectuar las declaraciones y condenas que se deriven del contrato y del incumplimiento.*

(...)

**Lo dicho, que se predica de todos los contratos, es también aplicable a las cláusulas penales, de suerte que si hay mora, lo obvio es que el deudor pague la obligación accesoria acordada en la cláusula penal, y si no lo hace, el acreedor puede acudir al juez para pedir que ejecute a su deudor para hacer efectivo el cobro de la sanción;** salvo que el contrato no preste mérito ejecutivo, caso en el cual habrá que acudir al juez para que declare que el deudor está obligado a pagar el valor de la pena estipulada. Se anota que para exigir el pago de una cláusula penal no es necesario que el juez declare el incumplimiento del contrato, basta que esté en mora o haya sido reconvenido, puesto que la proposición en la que se afirme el incumplimiento del deudor, no debe probarse dentro del proceso ejecutivo, según se explica más adelante”<sup>5</sup>.

En diferentes providencias judiciales se ha reconocido la posibilidad de ejecutar la cláusula penal de un contrato sin necesidad de obtener previamente la declaratoria de incumplimiento, como lo pretende el Recurso:

*“Debatir o no el incumplimiento por parte de la demandada, como supuesto del título ejecutivo, es tarea de la parte demandada, pero no mediante el incidente de nulidad que aquí se considera, sino mediante los medios exceptivos que corresponden(...)”<sup>6</sup>*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (25 de mayo de 2006) Concepto Sala de Consulta C.E. 1748 de 2006. [MP. Enrique José Arboleda Perdomo]

<sup>6</sup> Tribunal Superior de Medellín. Auto de 20 de junio de 2007. M.P. Aida Mónica Rosero García. Rad. 05001310300920030019102

En igual medida, se ha señalado en la jurisdicción ordinaria que no resulta necesaria la declaración previa que hoy echa de menos el Recurso, bastando la afirmación de incumplimiento:

*“(…) en tratándose de la exigibilidad de las obligaciones de un contrato, el de promesa de compraventa en este caso, no es necesaria la declaración previa de incumplimiento contractual de parte del deudor, pues basta simplemente con que el acreedor afirme el incumplimiento obligacional de aquél (negación indefinida) para que quede invertida la carga probatoria en su favor, presunción que deberá ser desvirtuada por el ejecutado en el juicio de ejecución que en su contra se adelanta, a través de los medios exceptivos de fondo que estime pertinentes para el decaimiento de la pretensión”<sup>7</sup>*

De antaño, el profesor Hernando Morales Molina señalaba:

*“A la cláusula penal, por regla general pueden oponerse las mismas excepciones que a la obligación principal, entre ellas la de contrato no cumplido. Más para librar ejecución se contempla exclusivamente la obligación que ella sustituye por equivalente, sin consideración a la que exista a favor del deudor en caso de contrato bilateral. El incumplimiento del acreedor ejecutante constituye excepción, tanto para la obligación principal según se dijo, como para efectos de mora del deudor, para poder cobrarle la cláusula penal”<sup>8</sup>*

Los anteriores argumentos también dejan sin piso el argumento de impugnación en el sentido que supuestamente mi representada no ha demostrado ser la parte cumplida bajo el Contrato de Suministro. No solo a mi representada no le corresponde la carga de demostrar ser parte cumplida, ya que se invierte la carga de la prueba, sino que, además, si es que esos incumplimientos existiesen (*quod non*) no tendrían una envergadura suficiente para ser tenidos como un incumplimiento grave que justificara la excepción de contrato no cumplido por parte de la Demandada, ni mucho menos que enervara las pretensiones de esta demanda.

---

<sup>7</sup> Tribunal Superior de Medellín. Auto de 21 de marzo de 2012. M.P. Piedad Cecilia Vélez Gaviria. Rad. 05001310300220110004501

<sup>8</sup> Morales Molina, H. (1985). Curso de Derecho Procesal Civil (9 ed., Vol. II). Bogotá: ABC. Citado por CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 10264

Así las cosas, el mandamiento de pago debe ser confirmado, y así se solicitará.

### **3.3 Mi representada siguió el conducto regular del contrato y requirió el pago de la cláusula penal, dando aviso de la terminación del Contrato de Suministro el 19 de abril de 2021**

CES requirió en múltiples oportunidades a California Dos para que suministrara el carbón al que estaba obligada bajo el Contrato de Suministro. Por lo anterior, el 6 de diciembre de 2018 CES envió vía correo electrónico a California Dos adjuntando comunicación de “Notificación de la existencia de “Evento de Incumplimiento” – Requerimiento para el cumplimiento del Contrato de Suministro celebrado” (la “Notificación de Incumplimiento”).

El 19 de abril de 2021 CES envió a California Dos notificación de terminación del Contrato de Suministro junto con el requerimiento correspondiente para que California Dos pagara la cláusula Penal dentro de los 5 días hábiles.

California Dos pretende, sin el más mínimo intento de ocultar que es la parte incumplida bajo el Contrato de Suministro, construir la teoría conforme con la cual el supuesto conducto regular para terminar el Contrato de Suministro era terminar el contrato pasados los 15 días siguientes al envío de la notificación de un Evento de Incumplimiento. La anterior tesis es insostenible no solo desde la perspectiva del efecto perverso que la parte incumplida pretende darle, sino desde la misma interpretación de la Sección 22.1. del Contrato de Suministro, que establece.

#### **ARTÍCULO XXII. TERMINACIÓN ANTICIPADA**

##### **Sección 22.1. Terminación Anticipada por parte del Comprador**

El Comprador podrá a su absoluta discreción terminar de manera anticipada el Contrato durante la ocurrencia de un Evento de Incumplimiento, mediante notificación escrita dirigida al Vendedor, sin necesidad de notificación adicional o declaración judicial alguna.

Para efectos de este Contrato, un “Evento de Incumplimiento” significa el incumplimiento de los términos materiales de este Contrato, y el fracaso para rectificar la violación o incumplimiento dentro de los quince (15) días siguientes al recibo de la notificación de tal violación o incumplimiento por el Vendedor. Con el fin de evitar cualquier duda, un incumplimiento de los términos materiales de este Contrato, incluye, sin limitarse, a los siguientes eventos:

Contrario a lo que pretende argumentar la Demandada, en ninguna parte de la cláusula se establece un término perentorio para que mi representada hiciese efectiva la terminación anticipada después de la notificación de un Evento de Incumplimiento. Por el contrario, al notificar tal Evento de Incumplimiento, era la carga de California Dos rectificarlo en un término de 15 días, y la sola expiración de ese término (que por lo demás, California Dos dejó pasar en absoluto silencio en este caso) activaba el derecho de mi representada a la terminación.

A pesar de que está demostrado que mi representada siguió el conductor regular pactado en el Contrato de Suministro para la terminación de este y el correspondiente cobro de la cláusula penal, el Recurso pretende hacer valer una serie de comunicaciones remitidas con posterioridad a la terminación, para sustentar la teoría de que este no se ha terminado.

Debe tener en cuenta este Despacho que ninguna de las comunicaciones que aporte el recurrente hace una mención expresa al Contrato de Suministro, y por tanto no resulta posible encontrar una relación entre el contrato sobre el cual versa este proceso y las comunicaciones que se adjuntan con el Recurso.

Por el contrario, lo cierto es que con la demanda se probó la terminación del Contrato de Suministro, hecho suficiente para que se activara el cobro de la cláusula penal en los términos pactados en el mismo Contrato. Por tal razón debe confirmarse el mandamiento de pago.

### **3.4 No resulta necesaria la demostración de ser un contratante cumplido para la expedición del mandamiento de pago de la cláusula penal del Contrato de Suministro**

El Recurso pretende que con la demanda mi representada acredite el cumplimiento de sus obligaciones como requisito previo para la expedición del mandamiento de pago correspondiente. Esta postura, por demás extraña a la figura del proceso ejecutivo, desconoce las posturas que la jurisdicción ordinaria asumido al respecto. En aras de la brevedad, debe considerar el despacho la postura expuesta por el tribunal superior de Medellín en la siguiente providencia para desechar por completo esta alegación de recurso:

**“(…) basta simplemente con que el acreedor afirme el incumplimiento obligacional de aquél (negación indefinida) para que quede invertida la carga probatoria en su favor, presunción que deberá ser desvirtuada por el ejecutado en el juicio de ejecución que en**

PPU-17523847.v2

Chile - Colombia - Perú

**su contra se adelante, a través de los medios exceptivos de fondo que estime pertinentes para el decaimiento de la pretensión”<sup>9</sup>**

### **3.5 La cláusula penal cuya ejecución se persigue no tiene una naturaleza compensatoria, sino punitiva, por lo cual es procedente el cobro de intereses moratorios**

El Recurso señala que se está compensando doblemente el incumplimiento de la demandada, al cobrarse intereses de mora y una cláusula penal. No obstante, esta interpretación es equivocada y debe ser rechazada en cuanto el Recurso pretende en ciertos apartes equívocamente asignar a la cláusula penal una naturaleza compensatoria que no tiene. De hecho, la simple lectura de la cláusula penal permite concluir que esta tiene una naturaleza meramente punitiva.

*“Cuando el presente Contrato se termine anticipadamente por un incumplimiento de cualquiera de las Partes, la Parte cumplida podrá exigirle a la Parte incumplida, **el pago de una pena** correspondiente a (sic) 10% del valor del contrato, la cual deberá ser pagada por la Parte incumplida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de Incumplimiento que envíe la otra Parte. Vencido este término, tal valor se cobrará por vía ejecutiva, para lo cual este Contrato prestará mérito ejecutivo.”* (Subrayado y negrilla como énfasis).

Por lo demás, la Demandada confiesa en diferentes apartados del Recurso que la cláusula penal fue pactada a título de pena, y no de estimación anticipada de perjuicios. Por ejemplo, y entre otros apartes del memorial, a folio 5 del Recurso, la Demandada alega que:

*“en lo que no repara el ejecutante es que el acuerdo entre las partes fue que la **pena** sería equivalente al “10% del valor del contrato”* (Subrayado y negrilla como énfasis).

Los intereses moratorios se han entendido como una manera de compensar al acreedor por el pago tardío de una operación<sup>10</sup> es decir, tienen una finalidad compensatoria. Así, de tener la cláusula penal las mismas finalidades compensatorias, su cobro no sería procedente porque se estaría

<sup>9</sup> Tribunal Superior de Medellín. Auto de 21 de marzo de 2012. M.P. Piedad Cecilia Vélez Gaviria. Rad. 05001310300220110004501

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-188/00. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

incurriendo en un cobro doble de la misma obligación<sup>11</sup>. Lo cierto es que la cláusula penal recién transcrita no tiene ningún fin compensatorio, como acertadamente reconoció el Despacho al proferir el mandamiento de pago impugnado, sino que es una sanción y por tanto no existe la incompatibilidad indicada en el Recurso.

#### **4. RAZONES POR LAS CUALES LAS “EXCEPCIONES PREVIAS” ESTÁN LLAMADAS A SER DENEGADAS**

##### **4.1 No se configura la excepción de clausula compromisoria ni la de falta de competencia**

El Recurso pretende cercenar el derecho de mi representada a solicitar la ejecución de la cláusula penal, cuyo merito ejecutivo fue reconocido por las mismas partes al estipularlo expresamente así en el Contrato de Suministro. En aras de la brevedad, debemos señalar que estas excepciones previas no se encuentran llamadas a prosperar en cuanto: (i) las partes excluyeron del objeto de la cláusula compromisoria la ejecución de la cláusula penal bajo el Contrato de Suministro; (ii) pretender que mi representada acuda ante la jurisdicción arbitral para el cobro ejecutivo de la cláusula penal es violatorio de su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva; y (iii) un tribunal arbitral no sería competente para conocer de un proceso ejecutivo, en cuanto en Colombia está proscrita la posibilidad de que tribunales arbitrales adelanten ese tipo de acción.

En aras de la brevedad y evitar la redundancia, ruego al Despacho que tenga en cuenta los argumentos y precedentes citados en 3.2 (*El mandamiento de pago se profirió con sustento en una título ejecutivo que contiene una obligación exigible por la vía judicial*) para desestimar estas excepciones previas.

##### **4.2 No se configura la excepción de inepta demanda por no ser un requisito de una demanda ejecutiva la inclusión del juramento estimatorio**

El Recurso echa de menos el juramento estimatorio de la demanda y propone la excepción previa de inepta demanda por tal juramento. Al respecto debe señalarse que las más autorizada doctrina, el profesor Hernán Fabio López Blanco ha establecido que:

---

<sup>11</sup> Así lo indica la Superintendencia Financiera en concepto del 2016079191-012 del 31 de agosto de 2016

*“El requisito no es pertinente en toda demanda, de ahí que la disposición señala que únicamente se erige como tal cuando sea necesario, lo que ocurre en la mayoría de los procesos declarativos y no se da en ningún caso en las demandas ejecutivas (...)”<sup>12</sup>*

De igual forma, en este caso no se está en ninguno de los supuestos del Artículo 206 del Código General del Proceso: no se pretende el reconocimiento de una indemnización, compensación ni el pago de frutos ni mejoras. Por el contrario, se pretende el cobro ejecutivo de una cláusula penal, que, como fue expuesto atrás, y como lo reconoce la parte Demandada, se pactó a título de pena.

\* \* \*

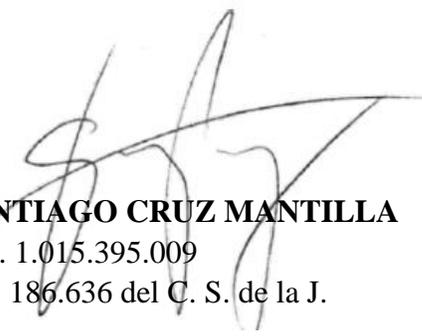
Con sustento en las anteriores consideraciones, solicito respetuosamente al Despacho:

## 5. PETICIÓN

De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito:

1. Que se **DENIEGUE** el recurso de reposición presentado por la parte demandada contra el mandamiento de pago.
2. Que se **DENIEGUEN** las excepciones previas formuladas vía recurso de reposición contra el mandamiento de pago.
3. En consecuencia, que se **CONFIRME** íntegramente el mandamiento de pago.

Del señor Juez, respetuosamente,



**SANTIAGO CRUZ MANTILLA**

C.C. 1.015.395.009

T.P. 186.636 del C. S. de la J.

---

<sup>12</sup> López, B. H. F. (2018). Código general del proceso. Dupre Editores