

PROCESO EJECUTIVO de ALVARO MENDOZA c. MARTHA ZULUAGA/2019-109 / Recurso de Reposición y Subsidiario de Apelación

Maximiliano Arango Grajales <maximiliano.arango@arangodiaz.com>

Mar 9/08/2022 2:08 PM

Para: Juzgado 02 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto02bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Veronica Muñoz <veronica.munoz@arangodiaz.com>; Julián Morales <julian.morales@arangodiaz.com>

📎 1 archivos adjuntos (240 KB)

09082022_Recurso_AlvaroMendozac.MarthaZuluaga.pdf;

Señores

JUZGADO SEGUNDO (2º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.ccto02bt@cendoj.ramajudicial.gov.co**Referencia: PROCESO EJECUTIVO DE MAYOR CUANTÍA.
Radicado: 1100131030022019-00109-00.****Demandante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA SARAY y BORIS GARTNER
CABALLERO.
Demandado: MARTHA ISABEL ZULUAGA JARAMILLO.****Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN Y SUBSIDIARIO DE APELACIÓN.**

MAXIMILIANO ARANGO GRAJALES, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía N°1.020.764.341 y portador de la Tarjeta Profesional N°248.338 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la parte Demandante en el proceso de la referencia, muy respetuosamente me dirijo a Ustedes con el fin de **interponer recurso de reposición y, en subsidio, de apelación** contra el auto del cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022), de conformidad al memorial adjunto.

Atentamente,



Maximiliano Arango Grajales

Arango Díaz Abogados

Tel: +57 601 762 64 08

Carrera 13A No. 31 - 71. Oficina 506 B.

Parque Central Bavaria VI.

Bogotá, Colombia.

Información confidencial de ARANGO DÍAZ ABOGADOS S.A.S. Se entrega al destinatario sobre la base de que permanecerá estrictamente confidencial. Esta información no debe ser transmitida, utilizada, reproducida, ni divulgada a otros sin la autorización previa y escrita de su remitente. Al recibir y examinar este documento, el destinatario se compromete a respetar los términos aquí establecidos.



Bogotá D.C.

Señores

JUZGADO SEGUNDO (2°) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E. S. D.

Referencia: PROCESO EJECUTIVO SINGULAR.
Radicado: 110013103002-2019-00109-00.

Demandante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA SARAY y BORIS HERMAN GARTNER CABALLERO.
Demandado: MARTHA ISABEL ZULUAGA JARAMILLO.

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN Y SUBSIDIARIO DE APELACIÓN.

MAXIMILIANO ARANGO GRAJALES, mayor de edad, domiciliado y residente de la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía N° 1.020.764.341 y portador de la tarjeta profesional N° 248.338 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la parte Demandante, muy respetuosamente me dirijo a Ustedes con el fin de interponer **recurso de reposición y, en subsidio, de apelación** contra el auto del cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022), previa:

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

El auto recurrido es del cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022) y fue notificado mediante estado electrónico del cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Siendo así, los tres (3) días hábiles para interponer recursos contra aquella providencia cuentan desde el ocho (8) de agosto hasta el diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022), ambas fechas incluidas.

Adicionalmente, el artículo 321 del Código General del Proceso establece la procedencia de recurso de apelación en contra del auto que "(...) *niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo*". Así, el recurso subsidiario de apelación.



Por los anteriores motivos, este recurso y el subsidiario son procedentes y oportunos.

II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El auto del cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022) dispuso:

"PRIMERO. EJERCER control de legalidad, sobre las presentes diligencias.

SEGUNDO. En consecuencia, DEJAR sin valor ni efecto toda la actuación procesal surtida, a partir del auto calendado el 27 de marzo de 2019, inclusive, según las razones que anteceden.

TERCERO. NEGAR el mandamiento de pago solicitado, según las colijas de la providencia.

CUARTO. DEVOLVER los anexos de la demanda, sin necesidad de desglose, dentro del término judicial de ocho días de conformidad con el artículo 117 inciso 3°.

QUINTO. ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares practicadas dentro del proceso. En caso de existir remanentes DEJAR a disposición de la entidad correspondiente.

SEXTO. Cumplido lo anterior ARCHIVAR el expediente".

III. CONSIDERACIONES

El auto ahora recurrido fue fundamentado en las siguientes razones: (1) el mandamiento de pago era palmariamente ilegal, razón por la cual no cobró ejecutoria; (2) el mandamiento de pago es ilegal en la medida que el pagaré No. 001 contiene una obligación condicional, cuya exigibilidad no ha sido acreditada.

Así arguyó la providencia fustigada:

*"En el ordinal 4° del mentado pagaré, la demandada Zuluaga Jaramillo, se obligó a sufragar la suma total de \$150.000.000 m/cte, el 12 de mayo de 2017, a favor de los demandantes Mendoza Saya y Gartner Caballero, empero dicha convención estaba condicionada al incumplimiento del contrato suscrito el 12 de mayo de 2016, **sin que milite prueba siquiera sumaria que acredite la observancia de la condición pactada.** Luego, el incumplimiento de la demandada Martha Isabel, no ha sido declarado y, por tanto, no puede predicarse la exigibilidad de la obligación en dicho sentido."(Resalto).*



Como se verá a continuación, las consideraciones arriba reseñadas son equivocadas.

En primer lugar, porque está sentada sobre bases jurídicas igualmente equivocadas. En segunda medida, la decisión yerra al apartarse del procedimiento establecido por el legislador para la decisión de posibles falencias como aquella que supuestamente evidencia el auto.

- Razones Sustanciales para Revocar la Providencia:

a. La existencia de título ejecutivo:

Para avanzar sobre bases teóricas sólidas, lo primero que debe aclararse es que parte de una equivocación el Despacho al denominar título-valor y en otras ocasiones pagaré al documento titulado "PAGARE 001".

Un título-valor y más específicamente un pagaré debe necesariamente cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 709 del Código de Comercio. Uno de esos requisitos y el que impide que este "PAGARE 001" sea realmente un pagaré es el primero de ellos:

"El pagaré debe contener, además de los requisitos que establece el Artículo 621, los siguientes:

1) La promesa incondicional de pagar una suma determinante de dinero".

(Resalto y subrayo).

Como lo reconoce el propio Juez, el documento que se hizo valer como título ejecutivo contiene una condición en su cláusula cuarta (4º). Dicha condición consistente en el incumplimiento de parte de Martha Zuluaga de las obligaciones que le fueron asignadas en un documento aparte denominado "CONTRATO".

Entonces, estando condicionada la promesa de pago, no es título-valor de la especie pagaré, lo cual no obsta que siga siendo un título ejecutivo, argumento en el que se profundizará más adelante.

No todos los títulos ejecutivos son títulos-valores. Existe la posibilidad de que conste una obligación clara, expresa y exigible, siempre que la condición se entienda como verificada, si es el caso, en un documento de una naturaleza distinta. Por su parte,



los títulos ejecutivos se clasifican en singulares y complejos. Así lo ha expresado el Consejo de Estado en su Sección Tercera¹:

*"Por otro lado, esta Corporación ha señalado que **el título ejecutivo puede ser: i) singular cuando está contenido en un único documento o ii) puede ser complejo, cuando se encuentra integrado por varios documentos, como lo son aquellos casos en los que se requiere el contrato, más las constancias de cumplimiento o recibo de las obras y las facturas para su conformación, entre otros. En todo caso, los documentos allegados deben ser valorados de forma conjunta para establecer si contienen una obligación clara, expresa y exigible a favor de quien pretende ejecutarlos"**.*
(Resalto y subrayo).

Cuando el título ejecutivo es complejo, como se extrae del anterior pasaje, todos los documentos que lo componen deben ser valorados en conjunto. Si en su totalidad contienen una obligación clara, expresa y exigible, entonces, son título ejecutivo y pueden hacerse valer como tal por la vía ejecutiva, no necesariamente ejecutiva cambiaria.

Este es el caso del título que se cobra en el proceso de marras. De otra manera no se hubiera acompañado la demanda con documentos adicionales al "PAGARE 001". Así se induce también fácilmente de la literalidad del propio "PAGARE 001", que remite a otro documento "CONTRATO".

Es más, así se dijo en los hechos de la demanda:

"2.4. Que el mismo doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016) se firmó el Pagare N° 001 entre los Demandantes y la Demandada en la cual se estableció una CLÁUSULA PENAL sancionatoria en la cláusula cuarta del documento por el valor total de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$150.000.000) por incumplimiento de los acuerdos suscritos entre las partes (todos los acuerdos suscritos entre las partes, indistintamente, el 'Contrato')."

El documento "PAGARÉ 001", el documento "CONTRATO" y los demás aportados son entonces un título ejecutivo complejo, que debe valorarse en conjunto para establecer si contiene una obligación clara, expresa y exigible. De estos tres elementos no se discuten los primeros dos y en eso estuvo de acuerdo el Despacho en el auto recurrido. En cambio, el debate gira en torno a si la obligación contenida

¹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia del 14 de noviembre de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

en la cláusula cuarta (4°) del PAGARÉ 001 es exigible, en cuanto verificada la condición de incumplimiento, y si esta situación se encuentra probada si quiera sumariamente.

La cláusula cuarta (4°) del PAGARÉ 001 establece como condición el incumplimiento de las obligaciones del CONTRATO por parte de Martha Isabel Zuluaga Jaramillo. Así mismo, establece que dicha condición se encontrará cumplida sin necesidad de requerimiento (de ningún tipo, judicial o directo) y sin necesidad de constitución en mora.

Sobra decir, también, se verifica el cumplimiento de dicha condición aun cuando no medie declaración judicial del incumplimiento, puesto que, si no se necesita requerimiento judicial, mucho menos sentencia judicial. Otra interpretación le negaría efectos prácticos a la expresión "*sin necesidad de requerimiento ni constitución en mora*", efecto indeseado a los ojos del artículo 1620 del Código Civil².

Siendo así, la pregunta verdadera es si, a la luz de la literalidad de lo previsto en el documento titulado "CONTRATO" y de los demás documentos aportados, la obligación es exigible. Como se dijo anteriormente, la exigibilidad de la obligación puede derivarse de tales documentos, por estarse cobrando el que es un título ejecutivo complejo.

Dentro de la cláusula Segunda, numeral (5) del CONTRATO, Martha Isabel Zuluaga se obligó a:

"A autorizar especial y suficientemente a los señores Álvaro Rafael Mendoza Saray y Boris Herman Gartner Caballer, para que sin limitación alguna, salvo las legales, realicen todas las gestiones necesarias en orden a aprobar el plan de vivienda de interés social que se proponen ejecutar en el Predio mencionado; a tramitar ante las autoridades del orden municipal las autorizaciones respectivas y a la obtención de las licencias de construcción que el proyecto requiera, de acuerdo con la concepción arquitectónica que el Plan de Ordenamiento Territorial permita y de acuerdo a las reglas específicas que para dicho inmueble imponga la autoridad municipal y que habrán de llevarse a cabo en el desarrollo del Proyecto de Construcción".

Junto a los documentos que se aportaron para hacer valer como título ejecutivo dentro de este proceso existe también uno llamado "REVOCATORIA DE PODER Y CONSTITUCIÓN DE NUEVO MANDATO AL DR. GERARDO ANTONIO HENAO

² "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".



CARMONA". En dicho documento proveniente de la Demandada, ella revoca el poder que le había conferido al señor Álvaro Rafael Mendoza Saray, Demandante y beneficiario del documento PAGARÉ 001. Así mismo revocó también el poder conferido a Boris Gartner, de manera tácita al designar nuevo mandatario, tal y como lo regula el artículo 2190 del Código Civil³.

De manera tal que queda sentado:

1. Si Martha Zuluaga incumplía las obligaciones que le asignaba el CONTRATO, se hacía deudora de una suma de dinero, sin necesidad de requerimiento, constitución en mora o declaración judicial.
2. El CONTRATO le asignó a Martha Zuluaga la obligación de autorizar de manera especial y suficiente al Demandante Álvaro Mendoza para que realice las gestiones necesarias para un Proyecto de Construcción.
3. Martha Zuluaga revocó el poder otorgado a Álvaro Mendoza de forma expresa y revocó el poder otorgado a Boris Gartner de manera tácita. Todo esto en un documento que se allegó y que forma parte de un título ejecutivo complejo. Dejándolos entonces sin aquella autorización a que se había comprometido en el CONTRATO.
4. Martha Zuluaga incumplió el CONTRATO, mediante un acto denominado REVOCATORIA DE PODER, haciendo que se cumpliera la condición contenida en el PAGARÉ 001.

Conclusión: La obligación contenida en el PAGARÉ 001 es exigible y esta situación está acreditada en debida forma a través de otros documentos que constituyen junto al primero un título ejecutivo complejo.

En tal medida, queda sin sustento el auto que se recurre. La razón que tuvo el Despacho para negar el mandamiento de pago fue que la obligación reclamada no era exigible. Al contrario, se acaba de explicar y demostrar de manera suficiente y clara que la obligación sí es exigible.

Por lo tanto, al reclamarse una obligación clara, expresa y exigible que consta en documentos provenientes del deudor todos ellos. Nos encontramos ante un título ejecutivo.

³ "La revocación del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio a distinta persona".

b. La existencia y naturaleza de la cláusula penal:

Ya establecido que no se cobra en este proceso un título-valor, sino un título ejecutivo complejo, queda la pregunta acerca de la naturaleza de la cláusula Cuarta (4º) del PAGARE 001.

Como se dijo desde la Demanda, dicha cláusula no es otra cosa que una cláusula penal, pactada como medio de constreñimiento a Martha Zuluaga para que cumpliera el CONTRATO. Así lo expresa el hecho "2.4" de la Demanda:

"Que el mismo doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016) se firmó el Pagaré No 001 entre los Demandantes y la Demandada en la cual se estableció una CLÁUSULA PENAL sancionatoria en la cláusula cuarta del documento por el valor total de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$150.000.000) por incumplimiento de los acuerdos suscritos entre las partes (todos los acuerdos suscritos entre las partes, indistintamente, el "Contrato")".

No de otra manera puede entenderse que la cláusula Cuarta (4º) contemple una condición negativa, tal como lo es el incumplimiento del CONTRATO:

"Cuarta. Que en caso de incumplimiento, la señora Martha Isabel Zuluaga Jaramillo pagará sin necesidad de requerimiento ni constitución en mora, a la orden de Álvaro Rafael Mendoza Saray y de Boris Herman Gartner Caballero, identificados con las cédulas de ciudadanía números 19.078.584 y 19.409.656, o a quien represente sus derechos, en la ciudad de Bogotá, el día 12 de Mayo de 2017, la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES de pesos (\$150.000.000)".

Por constituir una cláusula penal aquello que se reclama, ello reafirma la tesis de la existencia de un título ejecutivo complejo; compuesto por el CONTRATO, el PAGARÉ 001 y la prueba del incumplimiento, si quiera sumaria (que verifica la condición).

Parece inducirse del auto requerido que, para la ejecución de una obligación sujeta a condición, es necesario primero que por la vía declarativa se pruebe el cumplimiento de dicha condición. Sin embargo, este no es el caso.

Tanto es cierto que es permitido el cobro ejecutivo de obligaciones condicionales aun sin previo proceso declarativo, que el Código General del Proceso incluye una norma especial en este respecto:

*"Artículo 427: Cuando se pida ejecución por perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de no hacer, o la destrucción de lo hecho, **a la demanda deberá***



acompañarse el documento privado que provenga del deudor, el documento público, la inspección o la confesión judicial extraprocésal, o la sentencia que pruebe la contravención.

De la misma manera deberá acreditarse el cumplimiento de la condición suspensiva cuando la obligación estuviere sometida a ella”.

(Resalto y subrayo).

En otras palabras, cuando se cobra una obligación sujeta a condición, tal como la cláusula penal, basta aportar documento privado proveniente del deudor que prueba el cumplimiento de la condición. Norma que una vez más reafirma la existencia de títulos ejecutivos complejos y que fue cumplida a través del documento “REVOCATORIA DE PODER Y CONSTITUCIÓN DE NUEVO MANDATO AL DR. GERARDO ANTONIO HENAO CARMON”.

La posibilidad de cobrar cláusulas penales por la vía ejecutiva está contemplada en el artículo 425 del Código General del Proceso. Así de deduce de la literalidad de este artículo, que contempla como excepción que puede proponerse en el contexto de un proceso ejecutivo “la reducción de la pena”.

En suma, lo que aquí se cobra es una cláusula penal.

Además, para el cobro de una cláusula penal deben acompañarse documentos provenientes del deudor que acrediten que la condición se cumplió y que constituyen parte de un título complejo. En el caso en estudio así se hizo, de tal manera que debe librarse mandamiento de pago por dicha cláusula penal.

- Razones Procesales para Revocar la Providencia:

Como se dejó sentado en el acápite anterior, no es cierto que la decisión de librar mandamiento de pago fuera errónea, mucho menos “palmariamente ilegal”, como la denominó el Auto del cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Tal como lo dejó sentado el propio Despacho, el estándar que le permitiría a un juez retractarse de su propio actuar aun después del término de la ejecutoria es que:

1. “(...) solo podrá emplearse cuando el defecto de la providencia fuera palmariamente ilegal”.

Y,



2. *"(...) una decisión es palmariamente ilegal cuando contraviene el ordenamiento positivo, quebranta los derechos fundamentales y fueron agotados todos los recursos para su revocatoria".*

Como se dejó en evidencia, la decisión de librar mandamiento de pago no es ilegal y está de conformidad con el ordenamiento positivo. Tampoco hay evidencia de que haya existido una vulneración de algún derecho fundamental. Finalmente, no todos los recursos y medios para la revocatoria de la decisión han sido agotados, como se precederá a explicar.

Tal como consta en el expediente, la Demandada contestó a la demanda el diez (10) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Es más, en dicha contestación se propusieron excepciones relacionadas con el cumplimiento de la condición contenida en el PAGARÉ 001. De tal manera, el procedimiento que debía darse para llegar a la conclusión de que la obligación no era exigible era aquel contenido en el artículo 442 y 443 del Código General del Proceso.

De acuerdo con el artículo 443 del Código General del Proceso:

"El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas:

1. *De las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado se correrá traslado al ejecutante por diez (10) días, mediante auto, para que se pronuncie sobre ellas, y adjunte o pida las pruebas que pretende hacer valer.*

2. ***Surtido el traslado de las excepciones el juez citará a la audiencia prevista en el artículo 392, cuando se trate de procesos ejecutivos de mínima cuantía, o para audiencia inicial y, de ser necesario, para la de instrucción y juzgamiento, como lo disponen los artículos 372 y 373, cuando se trate de procesos ejecutivos de menor y mayor cuantía.***

Quando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373.

3. ***La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los***



perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.

4. Si las excepciones no prosperan o prosperan parcialmente, en la sentencia se ordenará seguir adelante la ejecución en la forma que corresponda.

5. La sentencia que resuelva las excepciones hace tránsito a cosa juzgada, excepto en el caso del numeral 3 del artículo 304.

6. Si prospera la excepción de beneficio de inventario, la sentencia limitará la responsabilidad del ejecutado al valor de los bienes que le hubieren sido adjudicados en el proceso de sucesión”.

(Resalto y subrayo).

Como se puede observar en los numerales 2 y 3 de la norma transcrita y teniendo en cuenta que la falta de exigibilidad fue una de las excepciones de fondo propuestas, la oportunidad para que esta se declarara es la sentencia. Dicha sentencia debe producirse luego de practicadas las pruebas, lo cual no ocurrió.

Es decir, si hubo un auto en el contexto de este proceso que es palmariamente ilegal es el que hoy se recurre. Dicho auto eliminó fases enteras del proceso, soslayó el derecho al debido proceso al no decretar o practicar pruebas y contraviene de manera clara el procedimiento legal y preestablecido.

IV. SÍNTESIS

- 4.1.** El que se cobra en este proceso es un título ejecutivo complejo, aun cuando no sea título-valor.
- 4.2.** Los documentos que componen el título ejecutivo complejo dan cuenta de que la obligación reclamada es exigible.
- 4.3.** Las cláusulas penales pueden reclamarse por la vía ejecutiva a través de títulos ejecutivos complejos.
- 4.4.** Sin perjuicio de lo anterior, la etapa procesal para decidir aquello que se decidió en el auto recurrido es la sentencia y no un auto que sí es palmariamente ilegal.
- 4.5.** El debate jurídico propuesto, incluso, cuenta con pruebas sumarias de la verificación de la condición. Por lo anterior y como se explicó líneas atrás, no



es cierto que el Juez no tenga elementos de juicio para entender la exigibilidad de la obligación.

V. PETICIÓN

Sobre la base de las consideraciones anteriores, solicito a su Despacho **reponer** para revocar el auto del cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En subsidio de lo anterior, y con fundamento en el numeral cuarto, del artículo 321 del Código General del Proceso, solicito se **conceda recurso de apelación** sobre la base de la misma argumentación arriba descrita.

Respetuosamente,

MAXIMILIANO ARANGO GRAJALES

C. C. N° 1.020.764.341

T. P. N° 248.338 del C.S. de la J.