

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE CALI
Cali, veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintitrés (2.023).

PROCESO: EJECUTIVO SINGULAR
DEMANDANTE: MIRO CONSTRUCCIONES S.A.S.
DEMANDADO: ARIS GRUESO CONSTRUCCIONES S.A.S.
RADICACIÓN: 760013103001-2023-00022-00.

AUTO INTERLOCUTORIO #

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la parte ejecutada, contra el auto # 135 de 14 de marzo de 2023, mediante el cual se libró mandamiento de pago dentro del presente asunto.

RECUENTO PROCESAL:

La parte demandante, promueve un proceso ejecutivo en contra de ARIS GRUESO CONSTRUCCIONES S.A.S., el cual correspondió por reparto a este despacho, quien mediante auto # 135 del 14 de marzo de 2023, libró el correspondiente mandamiento de pago de acuerdo con lo solicitado en el escrito de demanda.

Una vez notificado el demandado, por intermedio de su apoderado judicial, interpuso contra el aludido auto un recurso de reposición, fundamentado en los siguientes reparos y/o hechos constitutivos de excepciones previas:

1.- CLÁUSULA COMPROMISORIA: fundamenta esta excepción en que, en el contrato de Cimentación y Estructura Miró, existe un pacto arbitral, aunado a lo anterior, y después de dar una explicación respecto a la procedencia de la mentada figura, alega que en el presente asunto se ha incorporado una cláusula compromisoria, la cual tiene como objetivo, resolver las diferencias surgidas entre las partes por la justicia arbitral.

2.- INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES: en lo que respecta a esta excepción señala que, en el presente asunto, se configura la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, en razón a que el contrato base de la presente ejecución, no reúne los requisitos formales para ser considerado un título ejecutivo, ya que el mismo no contiene obligaciones claras, expresas y exigibles que constituyan plena prueba contra la demandada.

Dicho lo anterior, manifiesta que, la parte demandante sustenta su pretensión en supuestos incumplimientos, pero no existe prueba que demuestre que el pago de la obligación que se persigue es exigible, por el contrario, lo que se evidencia es que sus manifestaciones subjetivas, que más que certezas, plantean incertidumbres y controversias sobre el derecho que pretende, propias de un proceso de naturaleza declarativa.

Finalmente, concluye que: *“Conforme a lo anterior, el contrato del cual busca erróneamente valer la demandante como título ejecutivo, a la fecha no ha sido*

liquidado. Es decir, aún se encuentra en controversia, no existe prueba de incumplimiento al contrato atribuible a la demandada que diera lugar a la resolución del contrato, por lo que el negocio jurídico aún se encuentra vigente, en estado de incertidumbre, por lo que cualquier supuesto incumplimiento por parte de la demandada, deberá ser declarado por autoridad competente, tramite necesario cuando quien pretende el pago de una obligación carece de título ejecutivo atribuible a la demandada. La obligación es exigible cuando puede demandarse el cumplimiento de la misma por no estar pendiente de un plazo o condición, situación que no ocurre en el presente caso, considerando que no se ha generado incumplimiento alguno por parte de la demandada, que faculte a la demandante perseguir el pago de la cláusula penal del Contrato de Cimentación y Estructura a través de un proceso ejecutivo.”

3.- HABERSELE DADO A LA DEMANDA EL TRAMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE, en lo esencial sostiene que el proceso que nos ocupa pertenece al trámite o procedimiento de los procesos declarativos verbales, contemplado en el artículo 368 del Código General del Proceso, pues como ha advertido, el contrato aportado como base de la ejecución, no reúne los requisitos contemplados en el artículo 422 del C.G. del P., específicamente porque carece de exigibilidad; no se ha cumplido con la condición para hacer exigible la cláusula penal, la cual es que el demandado incumpla con la ejecución de lo pactado en el contrato, en ese sentido advierte que el mismo no presta mérito ejecutivo.

De cara a lo anterior, afirma que, el procedimiento adecuado para condenar al pago de la cláusula penal que alega la parte demandante, es el proceso declarativo verbal, en razón a que existe incertidumbre en cuanto al incumplimiento del objeto de la obligación del contrato por parte de la demandada, por lo tanto, no es exigible, lo que implicaría que un juez competente declare el incumplimiento contractual que a la fecha brilla por ausencia de prueba documental.

TRÁMITE

Surtido el traslado respectivo, la contraparte expuso lo siguiente.

1.- Frente a la primera excepción, sostiene que, la justicia arbitral no tiene competencia para adelantar procesos ejecutivos, ya que los laudos no tienen fuerza ejecutiva, sino que deben ser reconocidos y ejecutados por el juez competente para ello.

Por último, aduce que, si bien las partes aceptaron someter las diferencias que surjan en torno a la eficacia, ejecución, interpretación, o modificación del negocio jurídico, lo cierto es que, en el presente asunto, no se están ventilando ese tipo de diferencias, bajo ese entendido, advierte que al no establecerse en la cláusula compromisoria la competencia del tribunal de arbitramento en asuntos relacionados con el mérito ejecutivo de la cláusula penal, el mentado Tribunal no sería competente.

2.- En lo atinente a la excepción denominada, ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, manifiesta que, contrario a lo manifestado por el recurrente, el título ejecutivo complejo está conformado por el contrato suscrito entre las partes y por el documento mediante el cual la demandante requiere y le endilga a la parte ejecutada el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Por otro lado, sostiene que el afirmar que la afirmación que la demandada no ha cumplido con sus obligaciones, nos encontramos ante una negación, correspondiéndole a la ejecutada mediante excepción de mérito desvirtuarla, así las cosas, y teniendo en cuenta que el recurrente no ha podido desvirtuar la presunción de legalidad del mandamiento de pago esta excepción previa debe ser desestimada.

3.- Por ultimo y en lo que respecta a la excepción denominada “Habérsele dado a la demanda un trámite diferente al que le corresponde”, expone que “*el trámite consagrado en la ley para exigir el pago de una cláusula penal por incumplimiento del deudor es el proceso ejecutivo, no habiendo podido el impugnante demostrar que el despacho se equivocó al librar mandamiento de pago y al ordenar el trámite del proceso ejecutivo, esta excepción previa debe ser desestimada.*”

CONSIDERACIONES:

1. El problema jurídico a resolver, se contrae a verificar si se debe revocar el mandamiento ejecutivo proferido al iniciar la actuación, en virtud a que se configure la ausencia de los requisitos formales del título ejecutivo, y con base en los motivos alegados por el demandado, relacionados además con causales de excepciones previas.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, es necesario transcribir lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 442 del CGP, el cual dispone:

“Artículo 442. Excepciones. *La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas:*

(...)

3. El beneficio de excusión y los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso continúe o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que, a través del recurso de reposición en contra del mandamiento ejecutivo, se pueden controvertir los requisitos formales del título ejecutivo, sumado a que se pueden proponer excepciones previas y el beneficio de excusión.

En apoyo de lo anterior, se trae a colación lo dispuesto por el reconocido tratadista RAMIRO BEJARANAO, quien en su obra PROCESOS DECLARATIVOS, ARBITRALES Y EJECUTIVOS Séptima edición, página 477, sobre el tema resalta:

“El demandado dentro del término de ejecutoria del auto ejecutivo puede formular recurso de reposición dentro del cual podrá hacer valer una, alguna o todas las siguientes defensas: controvertir los requisitos formales del título ejecutivo (CGP art. 430), proponer alguna excepción previa o hacer valer el beneficio de excusión (CGP art. 442 in. 3)”.

Decantado lo anterior, se debe precisar también que las excepciones previas no atacan las pretensiones, sino que tienden a sanear el procedimiento, para que el litigio se enderece hacia una sentencia de fondo que finalice la contienda judicial, de donde se deduce que su objetivo fundamental estriba en el saneamiento inicial

del proceso, a cargo del demandado, y cuando el despacho no ha advertido falencias formales de la demanda, a la par que en el caso del proceso ejecutivo, alude también a defectos de esa naturaleza existentes en el título ejecutivo base del recaudo.

El artículo 100 del C.G.P, consagra como excepciones previas las siguientes:

“Artículo 100. Excepciones previas. *Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:*

1. *Falta de jurisdicción o de competencia.*
2. *Compromiso o cláusula compromisoria.*
3. *Inexistencia del demandante o del demandado.*
4. *Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.*
5. *Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.*
6. *No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.*
7. *Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.*
8. *Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.*
9. *No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.*
10. *No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.*
11. *Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el legislador patrio estableció cuales son las causales en las cuales se deben apoyar las excepciones previas, o lo que es lo mismo, que estas son de carácter taxativo, salvo norma en contrario que disponga otra cosa; por lo cual, se tiene que efectivamente, las excepciones alegadas, encuadran en los numerales 2, 5 y 7 de la norma transcrita.

Decantado lo anterior y descendiendo sobre el caso en concreto, el despacho comenzará el análisis de las causales alegadas de la siguiente manera:

1.- Excepción No. 2 “*Compromiso o cláusula compromisoria*”

Con miras a resolver la mentada excepción, se debe raer a colación lo dispuesto en el los artículos 4 y 5 de la Ley 1563 de 2012, los cuales disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 4o. CLÁUSULA COMPROMISORIA. *La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.*

La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

ARTÍCULO 5o. AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. *La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se*

debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.

La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.

ARTÍCULO 6o. COMPROMISO. *El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:*

1. *Los nombres de las partes.*

2. *La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.*

3. *La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel.*" (Subrayas del Despacho).

Al abrigo de lo anterior, vislumbra el Despacho que las controversias que podrán someterse a arbitraje son aquellas donde se debata la existencia, eficacia o validez del contrato, y en el presente asunto lo que se exige es el pago de la cláusula penal por el incumplimiento que se denuncia ha incurrido la parte demandada; de ahí que, y ajeno al debate que pueda existir sobre el pacto en este caso de una cláusula compromisoria entre las partes para resolver sus diferencias, al plantear por una de éstas un proceso ejecutivo, la cláusula pierde eficacia dado que el legislador no ha regulado la posibilidad de adelantar procesos ejecutivos arbitrales.

En apoyo de lo anterior, se trae a colación lo expuesto por el tratadista Fernando Canosa Torrado, en su obra "LAS EXCEPCIONES PREVIAS EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO" Quinta Edición, Pág. 165, en el cual menciona:

"4.2. ¿OPERA LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN PROCESOS EJECUTIVOS?"

En materia de procesos ejecutivos "la obligación es indiscutida pero insatisfecha" no cabe la derogatoria de la jurisdicción de los jueces ordinarios, así se pacte la mentada cláusula, pues el título ejecutivo conforma lo que pudiéramos llamar "sentencia anticipada" que no admite en principio su discusión..."

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que la Jurisprudencia Nacional ha establecido, igualmente, que *"los árbitros no tienen poder de ejecución, reservado exclusivamente para el poder judicial del Estado."*, advierte el Despacho que la presente excepción no está llamada a prosperar, por cuanto no opera esa clase de cláusulas convenidas para abarcar u omitir el trámite de un proceso ejecutivo a cargo de árbitros y no de jueces de la República.

2.- Excepción No. 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Con miras a resolver la excepción planteada por ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, sustentada en que el contrato base de la ejecución no reúne los requisitos formales para ser considerado un título ejecutivo, ya que, según sus dichos, el mismo no contiene obligaciones claras, expresas y exigibles que constituyan plena prueba contra la demandada, se debe traer a colación lo dispuesto en los artículos 82 del C.G. del P., el cual a la letra reza:

"ARTÍCULO 82. REQUISITOS DE LA DEMANDA. *Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos:*

1. La designación del juez a quien se dirija.
2. El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT).
3. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso.
4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.
5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte.
7. El juramento estimatorio, cuando sea necesario.
8. Los fundamentos de derecho.
9. La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite.
10. El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales.
11. Los demás que exija la ley...”

Decantado lo anterior, vislumbra el Despacho que los argumentos expuestos por el recurrente con el fin de sustentar la excepción en comento, no se enmarcan en ninguno de los requisitos formales consagrados en el artículo en cita, y por el contrario, se evidencia que el mismo pretende controvertir los requisitos formales del título ejecutivo.

No obstante lo anterior, y reiterándose la cuestión alusiva a que los requisitos formales del título ejecutivo pueden ser recurridos a través de recurso de reposición (art. 430 del C.G. del P.), el Despacho pasará a estudiar la inconformidad del recurrente respecto a la exigibilidad del título base de la presente ejecución.

Para el efecto, es necesario traer a colación lo establecido en el Artículo 422 del C.G. del P., el cual dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”

De cara a lo anterior, se advierte que para que pueda demandarse ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, aquella obligación debe ser clara, expresa y exigible.

Una obligación es clara, cuando la prestación esté identificada plenamente, es decir, cuando no haya duda alguna sobre lo que se debe cumplir.

De igual forma, una obligación es expresa cuando esta se encuentra incluida en el documento y no hay lugar a duda sobre su existencia.

Finalmente, una obligación es exigible cuando quiera que la obligación pueda demandarse o exigirse su cumplimiento.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el recurrente alude que aunque el demandante sustenta su pretensión ejecutivo en supuestos incumplimientos de las obligaciones contractuales a su cargo, lo cierto es que no aporta prueba que demuestre que el pago de la obligación que se persigue sea exigible.

Aunado a lo anterior, sostiene que el contrato objeto de la presente ejecución no ha sido liquidado, es decir se encuentra vigente aunque en controversia, y especialmente, no existe prueba del incumplimiento del contrato atribuible al demandado que diera lugar a la resolución del contrato, por lo que alega que aún el contrato se encuentra vigente y en estado de incertidumbre; en razón de ello, afirma que el incumplimiento deberá ser declarado por la autoridad competente, mediante un trámite declarativo y no ejecutivo como aquí ha ocurrido.

De cara a lo anterior, se debe traer a colación lo establecido en los artículos 1592 y 1594 del Código Civil, los cuales establecen lo siguiente:

“ARTICULO 1592. <DEFINICION DE CLAUSULA PENAL>. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

ARTICULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>. 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; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”

Así mismo, se trae a colación lo dispuesto por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 20 de octubre 2023, M.P. CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA, en la cual, sobre el tópicó expone:

“5.3. Radicada la controversia del sub examine en el mérito ejecutivo de la cláusula penal convenida en el contrato aportado como báculo del recaudo, resulta pertinente mencionar que el artículo 1592 del Código Civil la define como “...aquella en la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena consistente en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal...”.

El criterio de la jurisprudencia y la doctrina no es unánime en cuanto a su mérito ejecutivo, dado que algunas posturas lo niegan de entrada, mientras que otras lo admiten en determinados eventos.

Para unos, dicha penalidad no debe ser cobrada en un proceso ejecutivo, porque su orden de pago es propia del declarativo, luego que en este se determine el incumplimiento del demandado. En ese sentido el Consejo de Estado precisó:

"...Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente..."6 .

En criterio de otros, solo es dable perseguir en un compulsivo tal penalidad por la desatención de las prestaciones que le concernían al ejecutado, si previamente se definió en un juicio declarativo que el demandante acató las que a él le correspondían. Sobre el particular, el tratadista Darío Preciado Agudelo expuso:

"... teniendo en cuenta el principio procesal de la simultaneidad de las obligaciones, según el cual el actor debe comprobar la efectividad de sus obligaciones como condición previa de su acción judicial, de tal modo que no puede exigir la prestación de la parte contraria sin haber él realizado la suya; según esto, el juez tiene que investigar si el demandante si ha cumplido su prestación, indagación que no es posible sino dentro de la vía ordinaria..."7 .

En cambio, algunos, admiten que es innecesario adelantar un proceso que determine la observancia de los deberes negociales del promotor y el desacato de los mismos por parte del intimado, pues basta con que se adjunte a la demanda un título ejecutivo complejo, conformado por el documento que contiene tanto la obligación principal como la pena, y por aquellos con los cuales se demuestre el incumplimiento del demandado y correlativa observancia de las obligaciones que le atañían al demandante.

"...Bajo este entendimiento, es claro que el cobro de la cláusula penal, está sometido al cumplimiento de una condición suspensiva negativa, que pende de un hecho negativo e incierto, cual es el no cumplimiento de las obligaciones principales derivadas del contrato (Artículos 1530 y 1531 del C. C.), ... debe estar acreditado, tornándose entonces el título ejecutivo en complejo, pues para que preste tal mérito, debe obrar no sólo el contrato en el que consten las estipulaciones contractuales que sobre el particular se pretenden hacer valer, sino también la prueba del cumplimiento de sus obligaciones en forma íntegra por parte del ejecutante y el incumplimiento de las suyas por el ejecutado..."8 .

Hay juristas que defienden que es viable librar mandamiento de pago por la penalidad, siempre y cuando el contrato que la contenga preste mérito ejecutivo, sin que sea necesaria la prueba del cumplimiento del demandante y de la desatención del intimado. Sobre el particular el Consejo de Estado precisó:

"...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..."9

Otro grupo sostiene que para el recaudo de la cláusula penal es innecesaria la declaración previa de deshonra de parte del deudor, o la acreditación de la observancia de las prestaciones que le corresponden al demandante, pues tales

tópicos se debaten mediante excepciones en el proceso de ejecución. A tono con ello otra de las Salas de Decisión de este Colegiado advirtió:

“...la ejecución fundada en un contrato bilateral procede sin necesidad de acreditarse desde el comienzo el cumplimiento del ejecutante o su allanamiento a cumplir, pues que tal aspecto no es oportuno discutir al momento del mandamiento de pago, porque para esos efectos de fondo están previstos otros medios de defensa para el ejecutado...”¹⁰ .

Igualmente, una parte de la doctrina, con el mismo criterio, precisa:

“...A la cláusula penal, por regla general, pueden oponerse las mismas excepciones que, a la obligación principal, entre ellas las de contrato no cumplido. Más para librar ejecución se contempla exclusivamente la obligación que ella sustituye por equivalente, sin consideración a 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 la mora del deudor, para cobrarle la cláusula penal...”¹¹ .

Por último, se encuentra la posición de quien sostiene que para establecer si es factible ejecutar la pena, debe examinarse, al amparo de las normas procesales y sustanciales aplicables, la naturaleza del proceso ejecutivo -si es de dar, hacer, no hacer-, así como de la cláusula penal – con el fin de esclarecer si es moratoria o compensatoria-.

Así destacan que, al amparo de los artículos 1594, 1596 y 1600 del Código Civil, la memorada penalidad, como estimación anticipada de perjuicios, admite dos modalidades: la referida a los perjuicios compensatorios –por la inejecución del contrato y la atañedora a los perjuicios compensatorios -reclamable aún por el simple retardo-.

En línea con ello, el cobro de perjuicios compensatorios, y por ende la cláusula penal de esta clase, solo es viable reclamarla por la vía ejecutiva como pretensión subsidiaria, cuando se persigan obligaciones de no hacer -artículo 435 del Código General del Proceso -, de dar bienes muebles distintos al dinero -artículo 432 ibidem- o de hacer -artículo 433 ejúsdem-, por así establecerlo las normas en mención.

Por tanto, en coherencia con tales argumentaciones, para el reconocimiento y orden de pago de los perjuicios compensatorios, generados por el desacato de una prestación de diferente linaje de las antes mencionadas, se debe “...optar por el cumplimiento, en los términos del artículo 1546 del C.C. y en subsidio pedir, estimándolos bajo juramento, los perjuicios que fueron irrogados -o reclamar la cláusula penal compensatoria.

Pero ni aquellos ni esta pueden cobrarse como pretensión principal, pues implicaría que el juez tendría que proferir una condena en el auto de mandamiento ejecutivo. Por su parte, la cláusula penal pactada expresamente como moratoria o por el simple retardo y que, por tanto, puede aparejarse a la obligación principal, es susceptible de cobro mediante proceso ejecutivo en los casos y en la medida en que el legislador admita también el cobro de perjuicios moratorios: en obligaciones de cosa mueble distinta de dinero ..., en obligaciones de hacer ..., y en obligaciones de hacer...”¹² .

Este último criterio es el acogido por el Despacho, porque se encuentra fundamentado en las normas sustanciales y procesales que disciplinan la materia, las cuales, examinadas en conjunto, en efecto, como lo advierte tal postura, permiten colegir que el legislador solo estableció la posibilidad de cobrar ejecutivamente, en determinados eventos, -dependiendo la clase de obligación perseguida como pretensión principal-, de forma subsidiaria, los perjuicios compensatorios y, por ende, la penalidad de esta naturaleza, sin que se encuentre regulada la alternativa de lograr su solución como petición principal.

Por esta razón, siendo el contenido de la cláusula penal en recaudo de esta estirpe, debido a que su tesitura denota que fue pactada como una estimación anticipada de perjuicios, ante la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato, deviene improcedente su reclamo por la vía compulsiva.

(...)

De consiguiente, aceptar, como lo sugiere el recurrente, que para librar orden de apremio se valoren las documentales que respaldan la deshonra de los compromisos que le atañían al ejecutado, implicaría desconocer que en "...los dominios del mandamiento ejecutivo estén proscritas las resoluciones declarativas de derechos; por tanto, aquí no caben discusiones probatorias o evaluación de medios de convicción distintos al título ejecutivo, el cual ha de ser tan indiscutible que de su sola presencia dimane naturalmente el mandato de solución. No es el auto que ordena el pago, por consiguiente, la coyuntura adecuada para que se determine si un contratante ha ejecutado o no determinadas prestaciones y si, en consecuencia, debe o no una cláusula penal, ni pueden las partes, con una convención entre ellas, dar al juez tal poder declarativo para el mandamiento de pago que nunca lo ha dado la ley..."14 ."

Al abrigo de los anteriores argumentos, advierte el Despacho que cuando la demanda ejecutiva contiene como pretensión principal la exigencia de la cláusula penal pactada en el contrato por las partes, y aquella es convenida como estimación anticipada de perjuicios, su cobro no puede hacerse a través del proceso ejecutivo sino en un declarativo que lo disponga en sentencia como condena a cargo del contratante incumplido.

En el caso planteado, la demanda se pide como pretensión principal la solución de la cláusula penal convenida en el contrato celebrado el 28 de junio de 2022, en su cláusula novena, aunado a que ésta se acordó en los términos de "estimación anticipada de perjuicios" (archivo 001, folios 16-17); de ahí que, la ejecución deviene improcedente por esa sola causa.

De igual manera, y respecto al incumplimiento denunciado en la demanda por el contratante convocado al proceso, base para aquel cobro coercitivo, es menester señalar que, y pese a que el demandante en documento visible a folios 22 al 24 del archivo No. 001, del expediente digital, aporta prueba de la resolución del contrato por incumplimiento del contratista demandado ARIS GRUESO CONSTRUCCIONES S.A.S., también lo es que este último contratante accionado controvierte tal afirmación, trayendo a colación y acreditando el pago de las facturas que dan cuenta del cumplimiento de sus obligaciones, así como el adeudamiento por parte del actor a aquel accionado por concepto de avance de obra, acerca de la Factura Electrónica de venta No. FE-152 por valor de \$ 38.046.155,43, correspondiente al acta de avance de obra del Contrato de Cimentación y Estructura

No. 08 del 27 de diciembre de 2022, la cual se encuentra visible a folios 38 y 39 del archivo No. 007 del expediente digital.

En ese orden de ideas, y no obstante que el referido incumplimiento contractual alude a un hecho negativo que traslada la carga de la prueba a la contraparte (art. 167 CGP), en el caso planteado, el demandado al recurrir la orden de apremio aporta elementos de juicio relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones y el incumplimiento de las suyas por el demandante; de ahí que, al caso debe sumarse el hecho de que el título ejecutivo aportado con la demanda que resulta completo por provenir de un contrato, no presta tal mérito, ya que se reitera no se prueba finalmente el cumplimiento estricto de las obligaciones pactadas por el contratante demandante y el incumplimiento de las asignadas al contratante demandado, amén que la definición de esa controversia no puede darse en el proceso ejecutivo sino en uno declarativo.

Por consiguiente, advierte el Despacho, que efectivamente incurrió en un error al librar el auto mandamiento ejecutivo en este asunto, teniendo en cuenta que la cláusula penal objeto de la pretensión ejecutiva de la demanda no puede exigirse a través de un proceso ejecutivo, sumado a que el título ejecutivo base del recaudo no presta tal mérito; adicionalmente, aquel motivo de controversia planteado por el demandado, corresponde a un aspecto de forma relacionado con los requisitos del título ejecutivo, porque tiene que ver con las circunstancias referidas a imperfecciones insuperables de aquel título, pues no contiene finalmente obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que constituyan plena prueba contra el deudor, conforme lo exige el art. 422 del CGP, condicionamientos que además deben cumplirse para librar el auto mandamiento ejecutivo.

Finalmente, y ante la revocatoria del mandamiento de pago, advierte el Despacho que no habrá lugar a pronunciarse frente a la excepción previa contemplada en el numeral 7° del artículo 100 del C.G. del P., la cual también fue planteada por la ejecutada y por sustracción de materia.

Por lo brevemente expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, RESUELVE:

RESUELVE:

1.- DECLARAR NO PROBADA la excepción previa de existencia de COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA, de conformidad a lo considerado anteriormente.

2.- REPONER para REVOCAR el auto mandamiento ejecutivo proferido el 14 de marzo de 2023, por lo expuesto anteriormente.

3.- SEGUNO: LEVANTAR la medida de embargo y retención de los dineros que se encuentran, separados o conjuntamente en cualquier cuenta corriente, de ahorros, Cdt, títulos depositados a nombre de la sociedad demandada ARIS GRUESO CONSTRUCCIONES S.A.S., identificado con NIT. No. 901.181.598-6, en las diferentes entidades bancarias indicadas en el acápite de medidas previas.

NOTIFÍQUESE



ANDRÉS JOSÉ SOSSA RESTREPO
Juez

Juzgado 1o Civil del Circuito de Oralidad
Secretaria

Cali, 22 DE NOVIEMBRE DEL 2023

Notificado por anotación en el estado
No.192 De esta misma fecha

Guillermo Valdés Fernández
Secretario