

Señor

**JUEZ PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD - ATLÁNTICO**

E. S. D.

Ref: Ejecutivo de **AXIA ENERGIA S.A.S.** contra **FABRICA DE BOLSAS DE PAPEL UNIBOL S.A.S.**

Rad.No.2021-00301-00.

**ALBERTO MARIO JUBIZ CASTRO**, mayor de edad, vecino y domiciliado en la ciudad de Barranquilla, abogado titulado e inscrito, identificado con la cédula de ciudadanía número 72.210.955 de Barranquilla y titular de la Tarjeta Profesional número 116.964, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado judicial de **FABRICA DE BOLSAS DE PAPEL UNIBOL S.A.S.**, en adelante "UNIBOL" sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio en el municipio de Soledad (Atlántico), con NIT.890.101.676-1, de conformidad con el poder que me fue conferido por su representante legal, señor Iván Zaher Jaar, mayor de edad y domiciliado en Barranquilla, identificado con la cédula de ciudadanía No.7.422.307, todo lo cual consta en el poder y en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, que fue presentado al proceso por la misma sociedad que apodero el día 6 de agosto de 2021, concurro de manera respetuosa ante su Despacho con el fin de interponer **RECURSO DE REPOSICION** contra el mandamiento de pago de fecha 26 de julio de 2021, dictado dentro del proceso de la referencia.

**CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

Lo primero que hay que señalar es que la demandante utiliza indebidamente el proceso ejecutivo que nos ocupa para intentar eludir la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento que ha sido

formulada por la sociedad que apodero, conforme el pacto arbitral convenido por las mismas como instrumento jurídico procesal para dirimir el conflicto que las vincula, orientado a demostrar que la terminación unilateral por parte de AXIA ENERGIA S.A.S. (AXIA) en septiembre de 2020 del contrato No.141119 de Prestación de Servicios (en adelante, el Contrato) es enteramente injustificada por carecer de fundamento legal y/o contractual; y que bien por el contrario fue AXIA la que incumplió el aludido contrato, causándole perjuicios a UNIBOL.

El Tribunal de Arbitraje está integrado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla, por los señores Árbitros que a continuación relaciono, quienes han aceptado sus designaciones:

- Juan Pablo Cardenas Mejia.
- Luz Karime Beetar de Devis.
- Gonzalo Suarez Beltrán.

Es de destacar que el tribunal fue inicialmente integrado en su totalidad como resultado de la voluntad común de las partes, y posteriormente, la sociedad que aquí obra como ejecutante, aduciendo un título espurio, cuestionó el nombramiento de un árbitro que ella misma había sugerido y seleccionado, por razones improcedentes, que motivaron la renuncia del mismo y la selección del tercer integrante, por la vía de un sorteo.

Por tanto, la promoción del proceso ejecutivo es abiertamente contraria a Derecho. No había razón alguna de hecho o de derecho para que la demandante diligenciara los espacios en blanco del pagaré que ahora indebidamente erige como título de recaudo, porque UNIBOL nada le debe y menos ha incumplido el Contrato.

En segundo lugar, manifiesto que la práctica de las medidas cautelares es un acto de mala fe de la demandante, que compromete la responsabilidad de su representante legal, por ejercicio abusivo de las mismas, y le está causando un serio y gravísimo daño a UNIBOL que deberá ser resarcido.

Finalmente solicito con todo comedimiento al Despacho se sirva fijar fecha y hora para llevar a cabo la diligencia ordenada en el numeral 6° del auto de mandamiento de pago, con la presencia de UNIBOL.

### **RAZONES QUE SUSTENTA EL RECURSO DE REPOSICION**

Las razones que sustentan el recurso de reposición son las siguientes:

**1. Inexistencia del título valor por inexistencia de la obligación en el contenida y/o por ausencia de los requisitos esenciales para que exista la obligación en él contenida.**

La demandante aduce como título de recaudo el Pagaré No.001 en el que describió una suma de dinero que correspondería, en su sentir, a lo supuestamente adeudada por UNIBOL por concepto de la cláusula penal pactada en el Contrato.

La carta de instrucciones para el diligenciamiento de espacios en blanco del Pagaré No. 001 es clara en el sentido de que ello solo procede cuando medie un incumplimiento de UNIBOL, lo que no ha ocurrido, no ha sido probado, y menos ha sido declarado judicialmente.

Pero lo más grave es que AXIA ni siquiera indica en la demanda cual habría sido, en su sentir, el supuesto incumplimiento del Contrato por parte de UNIBOL. No indica una sola circunstancia fáctica constitutiva del supuesto incumplimiento. Tampoco el Despacho efectuó valoración alguna de circunstancias de hecho que permitieran considerar la legalidad del diligenciamiento de los espacios en blanco del pagaré objeto del proceso y por tanto la exigibilidad del pagare.

La legislación colombiana es clara al exigir la ocurrencia de la condición principal, para demandar la condicional. Ello ocurre en el caso de la cláusula penal por el hecho de que para su exigibilidad requiere previamente el incumplimiento de una obligación principal convenida entre las partes del

contrato, y que ese incumplimiento esté debidamente acreditado. Todo lo cual solo ocurre al interior de un proceso <declarativo>.

La pena está condicionada al acaecimiento del hecho futuro e incierto del incumplimiento, de manera que deber ser previamente probada la condición para que surja la exigibilidad de la pena.

Sobre el particular, Ospina Fernández explica:

“Surge también esta característica de la propia definición legal que subordina el pago de la pena al incumplimiento o al retardo de la obligación principal (art. 1592). Trátase, por tanto, de una condición, ya que, al tiempo de pactarse la cláusula penal, no se sabe si el deudor habrá de cumplir o no esa obligación principal en la forma y tiempo debidos (art. 1530).

“(…)

“Además, la condición de que se trata es suspensiva porque la obligación penal a ella subordinada no nace ni se hace exigible sino por el cumplimiento de esa condición (*incipet a conditione*) (art. 1536). Por ello dispone el artículo 1594: “Antes de constituirse el deudor en mora [si la obligación es positiva], no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...”. Esto es claro: la obligación penal todavía no ha nacido. Y si la obligación principal es negativa, mientras el deudor no realice el hecho prohibido, el acreedor tampoco puede exigir la pena, porque, según las voces del artículo 1595, en esta solo se incurre “desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse” (Ospina Fernández, 2008, pág. 145)”.

En adición a lo señalado, el artículo 1542 del Código Civil establece que “No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional **sino verificada la condición totalmente**”. Por su parte, el artículo 1592 del mismo Código, al definir la cláusula penal, establece que “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.**"

Lo anterior, debe ser interpretado sistemáticamente con lo establecido en el artículo 427 del Código General del Proceso que señala lo siguiente:

*"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 extraprocesal, 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.***"

Es este silogismo el que ha llevado a las altas cortes de nuestro país a tomar postura como la delineada por el Consejo de Estado en la sentencia del 22 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, así:

*"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.**"<sup>1</sup>*

En gracia de discusión, considerando que la pena es propia de los contratos bilaterales, es menester que la demandante pruebe que cumplió o que se allanó a cumplir las obligaciones que resultaban a su cargo por virtud del

---

<sup>1</sup> Negrilla fuera de termino

Contrato, para que entonces si pueda salir a exigir que el demandado cumpla con las suyas o a exigir la pena por el alegado incumplimiento, circunstancias que solo pueden realizarse al interior de un proceso declarativo.

La tesis encuentra fundamento en lo previsto por los artículos 1546 del Código Civil, en armonía con el 1609 ibídem.

A este respecto el profesor Darío Preciado Agudelo, señala:

“... 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” (Preciado Agudelo, 1997, pág. 175).

Reitero, en la demanda no se acredita la prueba del alegado incumplimiento de UNIBOL y menos la prueba del cumplimiento de AXIA. Por ello la referencia expresa a lo previsto en el artículo 427 del CGP, antes citado.

Es entonces claro que no puede aducirse el pagaré No. 001 como título de recaudo ejecutivo de una suma de dinero por concepto de cláusula penal, a consecuencia de un supuesto incumplimiento de UNIBOL del Contrato, por las siguientes razones:

- a. Entre las partes existe un conflicto derivado del incumplimiento de la demandante del Contrato.
- b. Las partes pactaron en el Contrato una cláusula penal para el evento de producirse el incumplimiento de la demandante de su obligación de suministro de energía y vapor, o para el evento de producirse el incumplimiento de UNIBOL **de su obligación de pago.**

- c. UNIBOL no ha incumplido su obligación de pago, por cuanto no debe suma de dinero alguna a AXIA. Al respecto se destaca que en la carta de terminación injustificada, cursada por AXIA, se destaca como única obligación supuestamente incumplida la formulación de un aviso preliminar a la asegurador que emitió la póliza del cumplimiento del contrato.
- d. Bien por el contrario, fue la demandante la que incumplió el contrato, como fue expuesto por UNIBOL en comunicación de fecha 7 de octubre de 2020.
- e. UNIBOL no ha reconocido deber suma alguna por concepto de la cláusula penal pactada en el contrato de suministro.
- f. No se ha declarado judicialmente el incumplimiento del contrato por parte de UNIBOL.
- g. El incumplimiento de UNIBOL es necesario para que AXIA pueda proceder a llenar el pagaré, cobrando la suma que aduce le adeude UNIBOL a AXIA, según lo establecido en la carta de instrucciones.
- h. La declaratoria de incumplimiento es requerida para que medie el cobro de la cláusula penal pactada en el Contrato.
- i. El tema del incumplimiento del contrato y de las prestaciones consecuenciales no puede ser ventilado al interior de un proceso ejecutivo, sino en sede del trámite arbitral pactado por las partes en el Contrato, en su carácter de juez natural de la controversia.

**2. El Pagaré No. 001 del 19 de septiembre de 2014 fue llenado desatendiendo las expresas instrucciones impartidas por UNIBOL.**

En primer término, me refiero la naturaleza de los títulos valores, su relación con los documentos que prestan mérito ejecutivo, y cuál es el alcance de estas figuras contempladas en la legislación colombiana.

Bien sabido es que el título valor se define como un documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en él se incorpora. Para que el título valor surja conforme a la ley y además para que de él se derive la ejecución de la obligación que se le atribuye, debe incorporar además de los requisitos previstos en el artículo 422 del CGP, esto

es que incorpore una obligación clara, expresa y actualmente exigible, otra serie de requisitos específicos para cada título valor, previstos en la ley mercantil.

El título que se aduce como documento de recaudo fue emitido con espacios en blanco, situación que aparece regulada por la ley colombiana, en el artículo 622 del Código de Comercio, así:

“Si en el título se dejan espacios en blanco cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, **conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado**, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora.”

AXIA es clara en afirmar que la suma de dinero cobrada en este proceso ejecutivo, con el pagaré antes aludido, corresponde al valor de la cláusula penal pactada en el Contrato. Y que ello es así supuestamente a consecuencia del alegado incumplimiento de UNIBOL a sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de ratificar que UNIBOL no ha incumplido el contrato, en el documento denominado “INSTRUCCIONES DEL LLENADO DEL PAGARÉ EN BLANCO No. 001” no se establece expresamente que AXIA tuviera la facultad de llenar unilateralmente el Pagaré No. 1 para el cobro de la mencionada <cláusula penal>.

La inobservancia de este requisito deviene en la inexistencia del título valor, por previsión del art. 620 del Código de Comercio, que señala:

“Los documentos y los actos a que se refiere este **Título sólo producirán los efectos en él previstos cuando** contengan las menciones **y llenen los requisitos que la ley señale**, salvo que ella los presuma.”

El hecho aquí expuesto priva al pagaré aducido como fuente de recaudo de existencia en legal forma y con mayor razón de exigibilidad, por lo que el mandamiento ejecutivo librado debe ser revocado.

3. **La mala fe de la demandante.**

Resulta de mala fe la promoción del proceso ejecutivo que nos ocupa, cuando la demandante conoce de la existencia de las comunicaciones cruzadas con UNIBOL en donde se discute la terminación unilateral del contrato, y se deja en claro el incumplimiento de AXIA. Adicionalmente la demandante expresamente ha participado en la integración del Tribunal de Arbitraje pactado en el Contrato, **y sobre esta situación calló torticeramente en la demanda ejecutiva.**

La demandante sabe y le consta que el pagaré No. 001 no podía ser presentado en un proceso ejecutivo, y no obstante ello presentó la demanda ejecutiva que nos ocupa, intentando presionar a UNIBOL, causándole graves perjuicios con ocasión de las medidas cautelares practicadas.

De conformidad con lo anotado solicito con todo comedimiento al Despacho se sirva **REVOCAR** el mandamiento de pago de fecha 28 de julio de 2021, disponer el levantamiento de las medidas cautelares y condenar en costas a la demandante por la temeridad de su acción.

**PETICION ESPECIAL**

Para el evento improbable que el despacho decida no revocar el mandamiento de pago solicito con todo comedimiento se sirva ordenar a la demandante constituir caución para responder por los perjuicios que se causen a UNIBOL con la práctica de las medidas cautelares.

Es claro que los argumentos expuestos en el presente recurso tienen "apariencia de buen derecho", por lo que la solicitud de constitución de caución resulta procedente.

**ANEXOS**

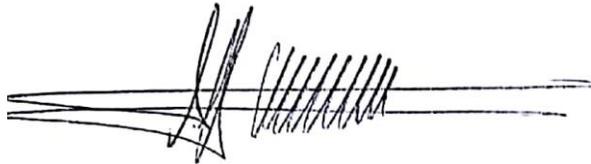
Me permito acompañar comunicación de AXIA a UNIBOL de fecha 25 de septiembre de 2020.

**NOTIFICACIONES**

La sociedad que apodero puede ser notificada en la dirección: Autopista Aeropuerto KM.7 en el municipio de Soledad, Atlántico, o al correo electrónico [master@unibol.com.co](mailto:master@unibol.com.co)

El suscrito podrá ser notificado en la secretaria de su despacho o en su oficina de Abogados ubicada en la calle 77B No 57-141 oficina 618 de Barranquilla y al correo electrónico: [ajubiz@vjlegal.co](mailto:ajubiz@vjlegal.co)

Respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of vertical and diagonal strokes, followed by a horizontal line extending to the right.

**ALBERTO MARIO JUBIZ CASTRO**

**C.C. No. 72.210.955 de Barranquilla**

**T.P No.116.964 del C.S de la Judicatura**