

ABOGA² H&G
HORIZONTE Y GESTION SAS
KAREN PAOLA GRAU BARRERA
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL

Señor

JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

E. S. D.

REF: DEMANDA EJECUTIVO SINGULAR DE MAYOR CUANTÍA DE RAÚL JAVIER LÓPEZ S.A.S. CONTRA CONSORCIO MEGAVIAS 018, KHB INGENIERÍA S.A.S., M&M INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S. Y GRANCOLOMBIANA DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.

RADICADO: 70001310300320200007600

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DEL AUTO QUE NEGÓ EL MANDAMIENTO DE PAGO DE FECHA 11 DE FEBRERO DEL 2021.

KAREN PAOLA GRAU BARRERA, mujer, mayor y vecina de la ciudad de Cartagena (Bol), identificada como aparece al pie de mi firma, Abogada en ejercicio, portadora de la T.P. 190.101 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderada judicial de **RAÚL JAVIER LÓPEZ CAMACHO**, varón, mayor de edad y vecino de la ciudad de Cartagena, identificado con C.C. No. 7.958.121 de San Estanislao (Bol), actuando en calidad de Representante Legal de **RAÚL JAVIER LÓPEZ S.A.S.**, con domicilio en la ciudad de Cartagena e identificado con NIT 806.012.484-7, todo lo cual acredito con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena que se encuentra adjunto, por medio del presente escrito me permito presentar **RECURSO DE APELACION CONTRA EL AUTO DE FECHA 11 DE FEBRERO DEL 2021 EL CUAL NEGÓ EL MANDAMIENTO DE PAGO**, manifestando lo siguiente:

El presente recurso se basa en el **artículo 321** del Código General del Proceso numeral 4, el cual reza lo siguiente:

4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo.

Inicio este escrito manifestando la posición de negativa a la decisión arbitraria tomada por el operador judicial, decisión que fue basada en

ABOGA² H&G
HORIZONTE Y GESTION SAS
KAREN PAOLA GRAU BARRERA
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL

palabras (sin pruebas) manifestadas por los ejecutados en el escrito de reposición de fecha 09 de diciembre del 2020 contra el auto que libro mandamiento de pago presentado por **M&M INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES Y CONSORCIO MEGAVIAS 018**, dejando de lado las pruebas aportadas en la demanda donde claramente controvierte lo manifestado por los ejecutados antes mencionados, configurándose así el **DEFECTO FÁCTICO**, en el cual se incurre cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

Se deja en claro que el **DEFECTO FÁCTICO** puede tener dos dimensiones Negativa o positiva de las cuales el juez hizo uso al tomar la decisión de revocar el mandamiento de pago, estas consisten en:

NEGATIVA: Surge cuando la autoridad judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u olvida su valoración, y sin justificación alguna da por no demostrado una situación que es evidente.

POSITIVA: nace cuando el juez en su decisión da por cierto algunos hechos sin soporte probatorio alguno, o tiene en cuenta pruebas esenciales y determinantes para la solución de la controversia, que no debieron admitirse ni valorarse.

Primeramente, el juez no valoró las pruebas aportadas por el ejecutante en la demanda ni prestó mucha atención a los hechos manifestados en la demanda de su conocimiento, donde se indica y se aportan las pruebas de las pretensiones que cursan en el proceso del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo; pretensiones que no tienen nada que ver con exigir el **CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL** ni mucho menos **INDEMNIZACION POR PERJUICIOS**.

Un ejemplo de lo dicho es el hecho decimo primero de la demanda que dice lo siguiente:

“DECIMO PRIMERO: Mi representado realizó reconvencción judicial al DEMANDADO con un proceso ejecutivo que cursa en el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO con radicado número

ABOGA² H&G
HORIZONTE Y GESTION SAS
KAREN PAOLA GRAU BARRERA
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL

70001310300120200002600, para obtener el **pago de las facturas adeudadas** de los contratos de obra No. 003-04-2019 y de transporte de Materiales No 002-2019, en el cual se libró mandamiento de pago mediante auto de fecha 16 de marzo del 2020 y notificado a las partes por correo electrónico el 29 de septiembre del 2020. Por lo anterior el DEMANDADO queda claramente constituido en mora por no cumplir con el valor estipulado en los plazos y condiciones pactadas en los contratos. **(PRUEBA # 20,21 Y 22)"**

El hecho relata que lo que se cobra son unas **FACTURAS** adeudadas **OBLIGACION ACCESORIA** por el cumplimiento de los contratos y que lo que realmente pretendemos es el cobro de una obligación accesoria ejecutada. Y posteriormente luego de constituirse en mora se cobra la **cláusula penal** que es del 5% del valor total de la **obligación principal**.

Es menester aclarar que es una **obligación principal** y una **obligación accesoria**.

¿Qué es una obligación principal y accesoria?

En concreto, son **obligaciones principales** aquellas que tienen el mismo rango en la relación jurídica, y existen por sí y tienen fin propio; en cambio, si se trata de una obligación subordinada a una principal, si la prestación en que consiste es secuela de dicha obligación principal y le sirve de complemento o de garantía, se trata de una **obligación accesoria**.

Sabiendo los conceptos de las obligaciones, se entiende que nuestras pretensiones en ambos procesos son accesorias, ya que se derivan de una obligación principal que son los contratos de obra y transporte, diferente sería si pretendiéramos cobrar la totalidad del valor de los contratos (obligación principal) que es la suma de los montos **por contrato de obra No. 003-04-2019 por valor de TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS M/C (\$ 3.152.279.445,53) y por contrato de transporte de Materiales No 002-2019 por valor de CUATRO MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS M/C (\$ 4.800.000.000,00).**

ABOGA² H&G
HORIZONTE Y GESTION SAS
KAREN PAOLA GRAU BARRERA
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL

- Son **obligaciones principales** aquellas que tienen el mismo rango en la relación jurídica, y existen por sí y tienen fin propio. Ejemplo: cumplimiento cabal del contrato.
- Código civil Artículo 1613. **Indemnización de perjuicios.** La **indemnización de perjuicios** comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.
- Código civil Artículo 1592. **Definición de cláusula 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.

Por lo anterior, es importante tener claro los conceptos de indemnización de perjuicios y obligación principal y cláusula penal ya que lo único que se está pidiendo es la cláusula penal como reza en el contrato y la prestación ejecutada (facturas), y ambas son obligaciones accesorias.

Frente a la decisión del juez de revocar el mandamiento de pago se evidencia que se configura el defecto fáctico positivo y negativo, ya que basó su decisión a hechos sin soporte probatorio alguno y no valoró lo aportado por el ejecutado en la demanda.

Por lo anterior, el apoderado de las aquí ejecutadas no tiene mucha claridad sobre lo que se está solicitando en el proceso que cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo, ya que su argumento jurídico se basa en que el demandante está solicitado doble resarcimiento o doble cobro de obligación, donde la norma es clara y nos indica en su artículo 1594 del Código Civil Colombiano que "el acreedor no puede solicitar al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena" y así mismo el artículo 1600 del Código Civil reza lo siguiente:

«**PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.** No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado

ABOGA² H&G
HORIZONTE Y GESTION SAS
KAREN PAOLA GRAU BARRERA
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL

así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.»

REITERO nuevamente que las pretensiones que cursa en el proceso ejecutivo del Juzgado Primero es el cobro de unas **facturas adeudadas** plenamente ejecutadas (**obligaciones accesorias**) que suman **\$442.706.238** y **NO se está cobrando la obligación principal**, la cual sería el pago total de los contratos que sumarían **\$7.952.279.445,53**.

Y debido al incumplimiento y de la mora en los pagos de **esas facturas (obligaciones accesorias)**, se hace efectivo el cobro de la **cláusula penal (obligación accesoría)** pactada en los contratos por el 5% de 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.”*

En claro que el artículo 1594 manifiesta que no se puede cobrar la Obligación principal y la pena si no está pactado. Y que el acreedor puede demandar la obligación principal o la pena cual quiera de las dos.

Pero también es claro que el demandante **NO está cobrando la obligación principal** que sería el pago total de los contratos que sumados daría **\$7.952.279.445,53.**

LO QUE SI PRETENDE MI APODERADO es el pago de las obligaciones accesorias; facturas que son prestaciones efectivamente ejecutadas por el valor de \$442.706.238 (capital), y el pago de la cláusula penal por el valor de \$135.164.637,25 (capital, descontado anticipo) por la mora en el pago de las facturas.

Comentado [UdW1]:

ABOGA² H&G
HORIZONTE Y GESTION SAS
KAREN PAOLA GRAU BARRERA
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL

Es menester aclarar que se está solicitando pago de la cláusula penal y no la indemnización de perjuicios.

Por otro lado, el Consejo de estado (sección tercera) en su sentencia No 19001-23-31-000-2011-00225-01 de fecha 14-02-2019 nos habla sobre las diferencias entre el cumplimiento de la obligación de pago por las prestaciones ejecutadas y el reconocimiento de los perjuicios derivados de un incumplimiento.

"Si se tiene en cuenta que la responsabilidad civil o del estado persigue la indemnización de los perjuicios causados y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena [...] **Pero no sucede lo mismo cuando lo que se busca es que se cancelen las prestaciones efectivamente ejecutadas**".

Esas **prestaciones efectivamente ejecutadas** hacen referencias a las **facturas recibidas y cobradas en el ejecutivo** que cursa en el Juzgado Primero de Sincelejo, que **es una obligación accesoria**.

EN CONCLUSIÓN, los fundamentos del recurso de reposición presentado por los ejecutados carecen de bases para poder ser tenidos en cuenta para la toma de una decisión fundamental dentro del proceso, ya que manifiesta desinformación de lo realmente ocurrido en los estrados judiciales, así pues, solicito comedidamente conceder recurso de apelación para que sea revisado por el superior y garantizar los derechos de mi poderdante para evitar que las empresas asociadas y conformantes del Consorcio se exoneren de sus obligaciones y no cumplan con las cláusulas penales.

Atentamente;

KAREN PAOLA GRAU BARRERA
C.C. 45.550.444 de Cartagena
T.P. 190.101 del C. S. de la J.

