

Señor
JUEZ PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SAN VICENTE DE CHUCURI
E. S. D.

REFERENCIA:	SUSTENTACION RECURSO DE APELACION SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE:	JORGE ALBERTO NUÑEZ SARMIENTO
DEMANDADO:	ARTURO OREJARENA PLATA
RADICADO:	2020-00045-01

1

JORGE ALBERTO NUÑEZ SARMIENTO, mayor y vecino de la Ciudad de Bucaramanga, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 1.098.688.039 de Bucaramanga, con Tarjeta Profesional No. 298.872 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre propio, procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la providencia – Sentencia – de fecha 18 de Noviembre de 2020, notificada el mismo día por estados, en los siguientes términos:

- **EL RECURSO DE APELACION RECAE SOBRE EL VALOR DE LA CONDENA DE LA CLAUSULA PENAL QUE FUE GRADUADA OFICIOSAMENTE POR EL FALLADOR DE INSTANCIA, DECISION QUE DEBE SER REVOCADA POR EL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA DE CONFORMIDAD CON LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS**

PRIMERO: En ningún momento la acción impetrada por el suscrito se dirige bajo la senda de la resolución contractual, como equivocadamente el despacho de primera instancia lo entiende en la providencia.

“(…) PROBLEMA JURIDICO

Se debe **declarar la resolución del contrato por incumplimiento** del contratante y pagar a favor del contratado la cláusula penal pactada del 30% del valor del contrato por el incumplimiento de lo pactado”. (...)”Sentencia 2020-00045-00

Pues como se puede observar del texto de la demanda lo que se pretendió fue la declaración del incumplimiento de las obligaciones del demandado, y como consecuencia la condena al pago de la cláusula penal estipulada entre las partes contratantes, por ende, tampoco se buscaba el cumplimiento forzado del contrato, pues como se plasmó en la demanda y las pruebas obrantes en el proceso, las obligaciones claras, expresas y exigibles del contrato a favor del demandante fueron cobradas mediante proceso ejecutivo laboral que cursa en el Juzgado Promiscuo del Circuito de San

Vicente de Chucurí, el cual libro mandamiento de pago al constatar el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones del suscrito.

SEGUNDO: El contrato de prestación de servicios que sirvió como base en el proceso ejecutivo laboral y como prueba documental en el presente proceso, es un contrato que goza de plena validez el cual es la expresión de la autonomía de la voluntad de ambos contratantes, que se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.

2

TERCERO: Las partes del proceso, de mutuo acuerdo cumpliendo con todos los aspectos legales, decidieron pactar la correspondiente Cláusula Penal para ambas partes en los términos del contrato, sin que exista fundamento legal alguno, que le permita oficiosamente al Juez de Primera Instancia modificar, maxime cuando la parte demandada guardó silencio, y no solicitó ninguna petición o excepción.

CUARTO: Se desconoce con el fallo de primera instancia lo determinado en el Artículo 1599 del Código Civil Colombiano, que determina la exigibilidad de la pena, cuando consagra que habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiera estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

"(...)Ahora bien, esta falladora en aras de realizar una sentencia en derecho de manera justa y equitativa debe efectuar un análisis minucioso del pacto entre los contratantes y el objetivo de este a realizar y finiquitar, aquí se miraría tanto lo trabajado, lo pactado y lo obtenido, por ello debemos tener muy presente el principio general de proporcionalidad y equidad entre los contratantes.
(...)"Sentencia 2020-00045-00

QUINTO: Bajo el principio de autonomía de la voluntad privada, las partes al momento de celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, de mutuo acuerdo y como garantía para ambas partes indistintamente del tiempo, trabajo o lo obtenido del contrato para ambas partes, buscaron asegurar y tasar como sanción pecuniaria el monto de \$49.710.000, (i) ello con el fin de evitar el desgaste probatorio de la tasación de perjuicios en proceso, el cual es uno de los fines de la Cláusula Penal, (ii) con el interés de dejar anticipadamente por centado en el contrato las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones para ambas partes del contrato, que al tasarse en el contrato ambas partes decidieron que fuera el monto determinado en la cláusula penal, sin agregarle ninguna posibilidad de interpretación distinta a la del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones.

SEXTO: Como se dijo anteriormente, bajo la autonomía de la voluntad privada, ambas partes del contrato determinaron que como cláusula penal, indistintamente la etapa contractual que se llevase o el trabajo o producto que se tuviere a favor de las partes del contrato, o el “porcentaje” laborado por la parte cumplida, LAS PARTES DEL CONTRATO DECIDIERON AUTONOMAMENTE DETERMINAR COMO VALOR A CANDELAR POR EL INCUMPLIMIENTO el monto de \$49.710.000, estando por ello vedado al no haber sido solicitado por la parte demandada, ni mucho menos demandante, que dicho monto fuese variado por el Juez de Primera Instancia, porque sin fundamento legal, se inmiscuye en un contrato que es ley para las partes, y que valga la redundancia para las partes es proporcional y equitativo en todos sus aspectos.

3

SEPTIMO: Por otra parte, y con el respeto al Juzgado de Primera Instancia, en el presente caso se dejó de observar en su totalidad todos los medios de prueba, o pruebas documentales allegadas por la parte demandada, las cuales no fueron controvertidas por el demandado, pues el criterio utilizado por el Juez de Primera Instancia para “graduar” oficiosamente la cifra a pagar como concepto de cláusula Penal, de haber observado el mismo contrato y otras pruebas documentales hubiese concluido, se repite bajo el mismo criterio del despacho que el porcentaje debía ser el 100%, PUES VEAMOS:

“(…)En el caso en marras esta falladora observa que en este momento **lo legal y justo a cobrar no es una cifra superior a la que proporcionalmente corresponde al nivel de ejecución por parte del contratista**, pues el monto de la cláusula penal debe reducirse de acuerdo al porcentaje de cumplimiento del contrato, porque en aplicación del principio de proporcionalidad y del artículo 1596 del Código Civil y el artículo 867 del Código de Comercio, es posible graduar el monto de la cláusula penal, para lo cual debe tenerse **en cuenta el nivel del cumplimiento del contrato.** (…)” Sentencia 2020-00045-00

Se le endilga al error al despacho pues dice que “ lo legal y justo a cobrar no es una cifra superior a la que proporcionalmente corresponde al nivel de ejecución por parte del contratista”, observese que deja de lado el Juez de Primera Instancia en observar el Parágrafo de la Cláusula Segunda del Contrato, en el cual se consagro que las partes tienen como cumplido a cabalidad el contrato entre las partes, esto es el 100%, si se llegaba a un acuerdo entre el demandado y el señor IGNACIO SANABRIA LOZADA que imposibilitara la ejecución del objeto contractual.

“(…)SEGUNDA. HONORARIOS.(…) (….) (….)PARAGRAFO: De llegarse a un acuerdo entre el Cliente y el señor IGNACIO SANABRIA LOZADA que imposibilitara la ejecución del objeto contractual, el Cliente deberá cancelar inmediatamente al Abogado, los valores faltantes acordados como Honorarios, sin requerirle al Abogado el cumplimiento de gestiones adicionales, **teniéndose así en dicho caso como cumplido a cabalidad el**

contrato entre las partes.(...)" Contrato Prestación de Servicios obrante en el proceso como prueba

Por ende, cuando dice la Juez de Primera Instancias que "(...)para lo cual debe tenerse en cuenta el nivel del cumplimiento del contrato(...)", pues observese que el nivel del cumplimiento del contrato no es otro que del 100% pues, bajo LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA, ambas partes del contrato previeron dicha situación factica a futuro -conciliación o acuerdo- y por ende estipularon que se tendría como cumplido a cabalidad el contrato.

OCTAVO: Sumado a lo anterior, el despacho dejo de observar que existiendo un proceso ejecutivo laboral en el que se libro mandamiento de pago el mismo se libro porque el demandante de dicho proceso que es el mismo en el presente caso por el mismo nexo contractual, cumplimiento a cabalidad osea 100% su parte contractual, de lo contrario no se hubiera librado mandamiento ejecutivo.

NOVENO: Respetuosamente manifiesto que el despacho de primera instancia no observo a cabalidad todas las pruebas documentales aportadas, porque de ser así, no hubiese manifestado que lo unico que realizo el suscrito, como labor derivada del contrato de prestación de servicios fue representar como apoderado judicial al demandante en el proceso ejecutivo y contestar el mismo, el cual, posteriormente fue terminado por pago total de la obligación.

De haberse observado todas las pruebas documentales por el despacho, se hubiera podido entender que desde un principio la parte demandada al buscar los servicios del profesional del derecho buscaba adelantar cestas acciones judiciales que conllevaran por "presión" legal al señor IGNACIO SANABRIA LOZADA, a conciliar no solo LO CORRESPONDIENTE AL PROCESO EJECUTIVO, sino a lo que realmente estaba en juego que eran dos Fincas que tenia en posesión el señor Sanabria producto de varios contratos firmados entre el demandado y el señor Sanabria.

Observese en la contestación de la demanda del proceso ejecutivo en el cual funji como apoderado de la parte demandada en contra del señor Sanabria, Juzgado Promiscuo del Circuito de San Vicente de Chucuri, bajo Radicado No. 2019-093, que el debate en de dicho proceso ejecutivo respecto de las letras de cambio obedecian a varios contratos de compra venta de dos fincas que ya ostentaba su posesión el señor Sanabria y que dichos titulos valores -letras de cambio- no podian ser cobrados como si fueran producto de contratos de mutuo, pues dichos titulos valores habian sido constituidos erroneamente como garantia por parte del señor Orejarena a favor del señor Sanabria, respecto de los dineros que ya habian sido desembolsados como parte de pago del contrato de

compraventa, ADEMÁS OBSERVESE QUE EN LA MISMA CONTESTACION DE LA DEMANDA SE LE SOLICITO AL JUEZ PARA QUE OFICIOSAMENTE SE LE COMPULSARA COPIAS A LA FISCALIA AL SEÑOR SANABRIA POR LAS POSIBLES CONDUCTAS PUNIBLES

“(…) SOLICITUD DE DENUNCIA PENAL OFICIOSA

Respetuosamente solicito al despacho que, de observar la comisión de la conducta punible de fraude procesal por la parte demandada, al querer inducir al error al señor Juez respecto con los hechos y/o argumentos esgrimidos como sustento de **LA EXCEPCION DETERMINADA “NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO”**, sea puesto en conocimiento de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION.(…)**”CONTESTACION DEMANDA PROCESO Juzgado Promiscuo del Circuito de San Vicente de Chucuri, bajo Radicado No. 2019-093

5

También observese que paso por alto el despacho que el señor Orejarena el mismo día que firmo poder al suscrito para representarlo en el proceso ejecutivo ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Vicente de Chucuri, bajo Radicado No. 2019-093, le otorgo poder al suscrito para que inmediatamente proyectara demanda verbal de nulidad y/o resolución promesa de compraventa, respecto del 50% del predio denominado Santa Rita, ubicado en el Municipio de San Vicente de Chucurí y el 50% del predio denominado Montebello, demanda que bajo las indicaciones del señor Orejarena fue proyectada en su totalidad pero no fue presentada por indicaciones del mismo, observese ello contestación traslado de excepcion proceso ejecutivo laboral.

DECIMO: Se determina en la Sentencia que el valor de los Honorarios es de \$30.000.000, dejando de lado observar nuevamente el contrato, pues lo estipulado fue,

“(…)SEGUNDA. HONORARIOS. Los honorarios pactados en el presente contrato serán de (\$30.000.000) TREINTA MILLONES DE PESOS, que serán cancelados **AL ABOGADO** así: (i) 3 Millones de Pesos a la firma del presente contrato, (ii) 09 cuotas de (3) Millones de Pesos cada dos meses desde la firma del presente contrato (iii) **El 30% del valor que como indemnización se otorgare o acordare entre el Cliente y el señor IGNACIO SANABRIA LOZADA por conductas punibles realizadas en su contra, valor que será cancelado inmediatamente sea recibido por el cliente**,(…)”Contrato de Prestación de Servicios profesionales

DECIMO PRIMERO: La Juez de Primera Instancia soslayo el principio dispositivo de las actuaciones privadas, quebrantando la seguridad jurídica del contrato privado bilateral celebrado entre las partes de la demanda, so pretexto de aplicar la proporcionalidad y equidad de manera oficiosa, dejando de lado senda jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Civil, observese la motivación dada en la Sentencia 2020-00045-00

“(…)En estas condiciones en el caso a saber observamos que no se suscita controversia entre lo pedido en demanda declarativa de incumplimiento de contrato sobre la cláusula penal indicada en el contrato de prestación de servicios profesionales entre las partes, pues el señor ARTURO OREJARENA PLATA, se le notifica de esta admisión y guarda silencio sobre esta, pero a pesar de ello este estrado debe realizar la ponderación indicada reiteradamente en sentencias de nuestro consejo de estado, el cual señala que se debe sopesar la proporción trabajada y observando la misma demanda impetrada, el contrato tan solo indica que el demandante solo presenta la demanda y que por gestiones entre su cliente y la contraparte llevan a conciliación y se termina anticipadamente el contrato por pago total de la obligación.

Por lo anterior aplicando los principios generales del derecho de proporcionalidad y equidad se hará ponderación de su labor contratada y ejecutada no accediendo al 30% que equivaldría la labor total contratada y la cual se terminó de una manera pronta y oportuna pues no es lo mismo litigar por uno o dos años que terminar el proceso en dos meses, por ello esta será rebajada según su trabajo al 5% de la cláusula penal. Para un gran total de \$2.485.500 pesos moneda corriente. (…)”Sentencia 2020-00045-00

Ahora esta es la posición de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, respecto de la oficiosidad del Juez civil en materia contractual privada, donde no media mandato legal como por ejemplo lo contrario respecto de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta de los contratos,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA**

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil (2000)

Referencia: Expediente No. C-4823

Casada la sentencia de 5 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, Sala Civil, en los procesos ordinarios, acumulados, promovidos por JOSE LISANDRO CABRERA TOLEDO contra FERMIN GUEVARA CARVAJAL y AGAPITO OBREGON RAMIREZ, procede ahora la Corte, como Tribunal de instancia, a proferir el fallo de reemplazo que corresponda.

“(…)Por último, y no por la ubicación argumento incidental, sino principal y definitivo, siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si se quiere excepcional, si es que

se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial **y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales**, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada "moderación", razón por la que se insiste en que sí las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, **éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio.** " ...perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, dice con autoridad Luis Díez Picazo, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio". (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, pág. 403).(...)"

También observese el mismo artículo 1601 que la Juez de Primera Instancia toma como fundamento legal en el fallo, en dicho artículo inequívocamente la norma determina que podrá pedirse, lo cual a todas luces no es que de manera oficiosa el Juez lo realice, sino que debe ser la parte que se considere afectada lo haga, y al parecer en el presente caso al guardar silencio el demandado, acepta a cabalidad lo pactado en el contrato.

7

ARTICULO 1601. <CLAUSULA PENAL ENORME>. Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, **podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.**

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

DECIMA SEGUNDA: Por otra parte, si bien es cierto que existe una acción de rebaja de la Cláusula penal, bajo lo consagrado en el artículo 1601 del C.Civil, dicha rebaja no es oficiosa, sino debe ser solicitada argumentada y probada dichas razones para que sea decretada la rebaja, caso contrario a lo sucedido en el presente proceso en el cual, de manera oficiosa la juez de primera instancia considera que es inquitativo desconociendo que la jurisprudencia determina que el simple hecho de pactarse en principio debe considerarse equitativa.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA**

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil (2000)

Referencia: Expediente No. C-4823

Casada la sentencia de 5 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, Sala Civil, en los procesos ordinarios, acumulados, promovidos por JOSE LISANDRO CABRERA TOLEDO contra FERMIN GUEVARA CARVAJAL y AGAPITO OBREGON RAMIREZ, procede ahora la Corte, como Tribunal de instancia, a proferir el fallo de reemplazo que corresponda.

(...)Según esta definición, la cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un “carácter estimativo y aproximado”, **que en principio debe considerarse “equitativo”**, sin perjuicio, eso sí, **de la acción de rebaja que consagra el art. 1601 del C. Civil, norma esta a la que la doctrina nacional no le ha otorgado alcance distinto al que emerge de su claro tenor literal, o sea, ver en ella una facultad para pedir “que se rebaje”** la cláusula en los eventos de la llamada “cláusula penal enorme”, esto es, cuando la pena pactada en una “cantidad determinada” “exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él”, o sea al duplo de la obligación de “pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse” (art. 1601). Desde luego, como lo ha admitido la Corte, que la cláusula en comentario, de conformidad con el artículo 1601, también puede operar como una sanción convencional, con un carácter coercitivo o compulsivo, tendiente a forzar al deudor a cumplir las obligaciones adquiridas. Concretamente en sentencia de 23 de mayo de 1996, la Corporación expresó: “Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente, tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.”(...)

DECIMA TERCERA: A su vez observese que las partes contratantes determinaron como cláusula penal un valor superior al de los mismos honorarios del abogado, pues bajo el fin de la misma cláusula penal, se busco determinar anticipadamente cual sería el monto que debía cancelar el contratante incumplido como perjuicio al contratante cumplido, por lo que se accedió a la petición del señor Orejarena que fuera del 30% sobre el valor del contrato y no de los honorarios, por ende, es un indicio más del querer y la autonomía de la voluntad privada que se pacto en la cláusula penal, así el cumplimiento del contrato por parte del suscrito se hubiere realizado en poco tiempo.

Conforme a los anteriores argumentos solicito respetuosamente sea revocada la decisión de primera instancia frente al porcentaje de la cláusula penal que debe pagar el demandado.

Sin otro particular,



JORGE ALBERTO NUÑEZ SARMIENTO

T.P. NO. 298.872 del C.S.J

C.C 1098688039 de Bucaramanga