REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO QUINCE CIVIL MUNICIPAL
CARTAGENA

JUZGADO QUINCE CIVIL MUNICIPAL. Cartagena, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO EJECUTIVO No. 13001-40-03-015-2019-00640-00
DEMANDANTE: ISABEL HELENA ENSUCHO MOSQUERA.
DEMANDADA: DARLIS PACHECHO CASTRO.

Como quiera que el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA - SALA CIVIL-FAMILIA, mediante fallo de segunda instancia de data 20 de octubre de 2021, proferido dentro del trámite de impugnación surtido dentro de la acción de tutela promovida por la señora ISABEL HELENA ENSUNCHO MOSQUERA, contra el JUZADO QUINCE CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA, revocó la decisión proferida en primera instancia primeria instancia por el JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, el 2 septiembre de 2021, ordenando, dejar sin efecto el auto del 11 de mayo de 2021 que resolvió no revocar parcialmente el auto del 19 de octubre de 2020 y proceda a resolver, nuevamente, la reposición impetrada, atendiendo a los lineamientos expuestos en la providencia en cita.

En este orden, como la orden impartida por el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CARTAGENA, en el fallo de marras es de obligatorio cumplimiento, procede este despacho a dejar sin efecto el auto de fecha 19 de octubre de 2020, y en su lugar resolver el recurso de reposición parcial y en subsidio apelación, instaurado por la apoderada judicial[1] del extremo demandante ISABEL HELENA ENSUCHO MOSQUERA, contra el mismo, por medio del cual se libró mandamiento de pago por vía ejecutiva de mínima cuantía, en contra de la señora DARLIS PACHECHO CASTRO, en lo referente a la negación del despacho de librar orden de pago por concepto de cláusula penal, y para ello se tendrá en cuenta:

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

Sostiene la gestora judicial que el despacho debe revocar parcial la orden proferida y en su defecto librar ordene de pago por concepto de cláusula penal, bajo el argumento de que la condicionalidad para que opere la misma a la luz de lo previsto en el artículo 1595, es que el deudor se ha constituido en mora, si la obligación es positiva y si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse.

Por lo anterior, estima que con base en la cláusula novena del contrato que se aporta como título ejecutivo, se vuelve exigible la penalidad, de manera que la obligación principal entro en mora por el solo incumplimiento como se expresa en la mentada cláusula, la cual es una obligación accesoria cuyo objetivo es garantizar o asegurar la obligación principal, y es una obligación condicional en la medida en que sólo procede cuando se incumple la obligación principal, que es la condición para que pueda hacerse efectiva.

III. CONSIDERACIONES:

La censura del recurrente va dirigida contra el auto de fecha 19 de octubre de 2020, mediante el cual se negó librar mandamiento de pago a favor de la señora DARLIS PACHECHO CASTRO, por concepto de clausula penal, por cuanto, a su criterio la única condición para que se haga exigible la cláusula penal, es que se incumpla la obligación principal, como ocurrió en el caso en marras.

El 1542 del C.C., que dispone que "no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente"; y el Art. 1592 ejusdem, pregona que, la pena se hace exigible cuando el deudor "no ejecuta o retarda la obligación principal"; a su vez el Art. 427 del C.G. de P., prescribe que, para hacer exigible ejecutivamente una obligación condicional debe allegarse con la demanda "la prueba del cumplimiento de la condición".

El Consejo de Estado, de antaño ha precisado que: "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" (INSELEC LTDA. CONTRA EMCALI E.I.C.E., 2001).

[1]ISABEL HELENA ENSUCHO MOSQUERA.

En este orden, se estima que, no es posible cobrar la pena en un proceso ejecutivo porque, siendo propia de contratos bilaterales, como bien lo manifiesta la censora, resulta necesario que el demandante pruebe que cumplió o se allanó a cumplir con sus obligaciones para así exigir que el demandado cumpla con las suyas o exigir la pena por incumplimiento, cosa que sólo podría hacerse en un proceso declarativo, ya que habría que proferir una condena en el auto de apremio y para ello es menester realizar una valoración probatoria, lo cual es ajeno en este estadio procesal y propio del proceso declarativo.

Lo expuesto, encuentra sustento en el artículo 1546 del C.C., que consagra la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales y dispone que sólo el contratante cumplido o que se haya allanado a cumplir puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, junto con la indemnización de perjuicios; y además en una interpretación del artículo 1609 del mismo código, que establece que ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allane a cumplir lo que le corresponde.

En efecto, esta judicatura, venía sosteniendo una postura tendiente a señalar que la cláusula penal no puede ser cobrada en un proceso ejecutivo porque, primero, debe ser probado y declarado el incumplimiento del demandado en un proceso declarativo y dicha tesis se apoya en que la pena es una obligación condicionada al hecho futuro e incierto del incumplimiento y que, por tanto, resulta necesario probar dicha condición para hacerla exigible, no obstante, frente al caso en concreto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, en Sentencia de fecha 20 de octubre de 2021 de 2021 proferido por el H. Magistrado OSWALDO HENRY ZÁRATE CORTÉS, precisó que: "…no es cierto que la cláusula penal no sea susceptible de reclamarse coetáneamente con la pretensión principal, y por el otro, porque en este asunto, la pena no debe reclamarse a través de proceso declarativo, veamos: El contenido del artículo 1594 del CC reza: "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.

Es claro que se trata de una figura indemnizatoria ante un incumplimiento dentro de un contrato, empero, una lo es de carácter compensatoria y la otra moratoria. La primera de ellas reviste una forma de compensar los agravios causados por el incumplimiento, ya sea una vez cuando el deudor se constituya en mora o habiéndose constituido, este pueda exigir el cumplimiento de la obligación principal o el de la pena, es decir, el cumplimiento de la una excluye la otra o la reclamación de la una excluye la reclamación de la otra".

Significa entonces, que en este escenario si es procedente la reclamación paralela (principal y pena). En el asunto de marras, resulta que la cláusula novena del contrato de arrendamiento base para el proceso ejecutivo singular, las partes acordaron entre otros incumplimientos que, la mora en el pago del precio del arrendamiento por fuera del término previsto, daría derecho al arrendador para exigir la restitución judicial del inmueble sin necesidad de requerir a los arrendatarios privada o judicialmente, además, pagaría la arrendataria al arrendador a título de clausula penal una suma igual al duplo de una mensualidad de arrendamiento, exigible ejecutivamente.

"Es decir, en dicha cláusula quedó plenamente establecido que la estipulación penal no cumplía una función compensatoria sino moratoria, pues bastaba con presentarse demora en el pago de los cánones del arriendo para que se apertura la posibilidad de ejecutarse la misma".

A la luz, de esta interpretación, para el caso que nos ocupa, se observa que en la cláusula pregonada las partes quedó plenamente establecido que la estipulación penal no cumplía una función compensatoria sino moratoria, pues bastaba con presentarse demora en el pago de los cánones del arriendo para que se apertura la posibilidad de ejecutarse la misma, aunado, no renunciaron a constituirse en mora, por lo que tal requerimiento se entiende consumado con la notificación del mandamiento de pago a la demandada de acuerdo a los postulados del artículo 423 del CGP.

Siendo así, atendiendo las consideraciones señaladas y las directrices del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, en fallo de tutela de segunda instancia de fecha 20 de octubre de 2021 de 2021, se impone reponer parcialmente el auto objeto de censura, para en su lugar, librar mandamiento de pago por la suma de UN MILLON SESENTA Y OCHO MIL PESOS ($1.068. 000.oo), por concepto de clausula penal.

En forma adicional, también es forzoso dejar sin efecto el auto de calendas 13 octubre de 2021, mediante el cual se dispuso requerir a la parte demandante para que cumpliera con la carga de notificar a la demandada DARLIS PACHECHO CASTRO, del mandamiento ejecutivo proferido en su contra de fecha 19 de octubre de 2020, puesto que el mismo será modificado.

En razón de lo antes expuesto, el Juzgado,

RESUELVE:

1. OBEDÉZCASE y CÚMPLASE lo resuelto por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA - SALA CIVIL- FAMILIA, mediante fallo de segunda instancia de data 20 de octubre de 2021, proferido dentro del trámite de impugnación surtido dentro de la acción de tutela promovida por la señora ISABEL HELENA ENSUNCHO MOSQUERA, contra el JUZADO QUINCE CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA, revocó la decisión proferida en primera instancia primeria instancia por el JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, el 2 septiembre de 2021, en consecuencia se deja sin efecto el auto del 11 de mayo de 2021 que resolvió no revocar parcialmente el auto del 19 de octubre de 2020

2. ACCEDER AL recurso de reposición parcial interpuesto por el extremo demandante contra el auto del 19 de octubre de 2020, mediante el cual se dictó mandamiento de pago, por las razones antes señaladas.

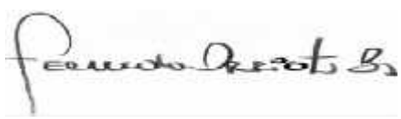
3. REPONER PARCIALMENTE el auto de fecha 19 de octubre de 2020, en el sentido de librar mandamiento de pago por la suma de UN MILLON SESENTA Y OCHO MIL PESOS ($1.068. 000.oo), por concepto de clausula penal.

4. En lo demás se mantendrá incólume el auto recurrido.

5. DEJAR SIN EFECTOS el auto de calendas 13 octubre de 2021, mediante el cual se dispuso requerir a la parte demandante para que cumpliera con la carga de notificar a la demandada DARLIS PACHECHO CASTRO, del mandamiento ejecutivo proferido en su contra de fecha 19 de octubre de 2020, por las razones antes expresadas.

6. Notifíquese este proveído a la parte demandante, por anotación en el estado y a la demandada de manera personal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FERNANDO ARRIETA BURGOS

JUEZ

JUZGADO QUINCE CIVIL MUNICIPAL

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior es notificada por anotación en
ESTADO número 137 Hoy veintinueve (29) de octubre de 2021

MARIZBETH MEDINA ESCAÑO
Secretaria