

CONSTANCIA: Popayán, 21 de marzo de 2023. A despacho de la señora Juez la presente demanda ejecutiva radicada al N° 2023-00146, proveniente de la Oficina de Reparto de la Desaj. Provea.

CARLOS ANDRES COLLAZOS QUINTERO

Secretario



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE MENOR CUANTÍA
POPAYAN CAUCA**

j02cmpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

Demanda: EJECUTIVO
Radicado: 19001-4003-002-2023-00146-00
Demandante: LEIDY MARÍA TEJADA MOLINA
Demandado: JAIME ANDRÉS VARELA RESTREPO

Interlocutorio N° 598

Ref. Auto abstiene de librar mandamiento de pago

TEMA A TRATAR:

Se analiza el asunto de la referencia, a fin de estudiar la viabilidad de librar mandamiento de pago, acorde con lo solicitado por la libelista, encontrando el Despacho los siguientes reparos.

Se tiene que la señora LEIDYS MARÍA TEJADA MOLINA, a través de apoderada judicial, presentó demanda ejecutiva contra JAIME ANDRÉS VARELA RESTREPO, narrando: *(i)* que, celebró contrato de promesa de compraventa con el señor JAIME ANDRÉS VARELA RESTREPO sobre el lote 81 del conjunto reserva de calibio, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 120-232185 por valor de \$224.500.000 *ii)* que, el demandante firmó en calidad de representante legal de UNIÓN TEMPORAL RESERVA DE CALIBIO, sin embargo, no hay información de la existencia de dicha unión; *(iii)* que, las partes acordaron fijar como fecha para elevar a Escritura Pública la respectiva transacción dentro de los cinco primeros días del mes de agosto de 2.021 en la Notaria Segunda del Círculo de Popayán, entregando a la firma de la promesa de compraventa la suma de \$66.000.000 y los restantes \$158.500.000, serian cancelados el día de la firma de la escritura correspondiente *(iv)* que, el 5 de agosto de 2.021 a las 3 p.m., la señora TEJADA MOLINA se hizo presente en la notaria tras requerir al demandado para la entrega del bien, no obstante, el mismo no se hizo presente; *(v)* que, el señor VARELA RESTREPO, no solo no cumplió con lo pactado, sino que también enajenó el bien objeto de la promesa de compraventa; *(vi)* que, se pactó la suma de \$20.000.000 en caso de incumplimiento de las estipulaciones contractuales.

Apuntalado en lo anterior, la gestora solicitó librar mandamiento ejecutivo por: \$20.000.000, por concepto de la cláusula penal, así como los intereses moratorios sobre la anterior suma; y, se condene al demandado a otorgar y suscribir la Escritura Pública protocolaria del contrato de promesa de compraventa a favor de la señora LEIDYS MARÍA TEJEDA MOLINA.

De manera subsidiaria, solicitó que en caso de no cumplir con la entrega del bien, se adelante mandamiento ejecutivo por perjuicios compensatorios conforme al artículo 428 y 437 del C.G.P, condenando a la devolución de los \$66.000.000 entregados a la fecha de suscripción del contrato de promesa de compraventa y los intereses moratorios de la anterior suma de dinero.

Pues bien, recuérdese que de conformidad con el artículo 422 del Código General del Proceso, ***“[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”***.

Será título ejecutivo, aquel documento que satisfaga las exigencias que la ley, en norma de orden público, reserva para esa figura. Que las partes señalen que un determinado soporte es o no título ejecutivo, no quita ni pone ley, esto es, no le otorga ni le despoja de tal adjetivo, porque su configuración no depende del querer de los disponentes, sino de su avenimiento a los ingredientes con que la ley lo caracteriza.

Siendo la reclamación judicial en comento, una vía de restablecimiento del statu quo, por el endilgado incumplimiento de los promitentes vendedores, no se aprecia del título aportado y sus anexos, el ingrediente de la exigibilidad, es decir, que esté ineludiblemente establecido que el demandado este en mora, porque no haciendo lo que debía, entre tanto el ejecutante procedió a plenitud con lo de su cargo; esto es, porque uno de los vendedores atendió completamente su débito, como lo impone el artículo 1609 del Código Civil¹. En pocas palabras, no hay una definición previa y exacta del carácter de contratante cumplido en el extremo actor, y de incumplido en la parte demandada, lo que no es del resorte establecer en este tipo de procesos, como que tal circunstancia debe estar cabal y ciertamente² establecida en el título mismo y no, se insiste, por vía de inferencias o juicios de valor, debido a que la pretensión ejecutiva no ***“procura la declaración de un derecho, pues esta parte de la certeza de su existencia, sino el cumplimiento forzado de la prestación debida, sea de dar, hacer o no hacer”***³.

¹ ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

² “El Juicio ejecutivo requiere para su trámite la existencia de un documento que emane del deudor demandado del cual emerja la certeza de una prestación debida que devino incumplida”, CSJ, SC5515-2019, expediente N° 11001-31-03-018-2013-00104-01.

³ Ídem.

Denota lo anterior la improcedencia del proceso ejecutivo para ventilar el cobro directo de la suma que se dice, corresponde al valor de la suma entregada al momento de celebración del contrato de promesa de compraventa. Debe tener en cuenta el actor que, en la promesa de compraventa, no se observan dichas obligaciones en cabeza de la parte demandada. Es decir, las prestaciones demandadas tampoco son expresas, en el sentido de indicar que es del resorte de la pasiva, reembolsar las sumas que se reclaman en la demanda.

Ahora bien, respecto de la cláusula penal –quinta en el contrato-, ésta se describió así: *“El incumplimiento de la totalidad o de alguna de las obligaciones derivadas de este contrato dará derecho a la parte que las cumplió o se allano a cumplirlas para exigirle aquella que no cumplió o que no se allano a cumplirlas el pago de la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000), A título de pena por incumplimiento, suma exigible por la vía ejecutiva desde el día siguiente al incumplimiento de la respectiva obligación, sin necesidad de requerimientos ni constitución en mora, derechos a los cuales renuncias los contratantes en beneficio recíproco y sin perjuicio de las demás acciones legales que por este contrato puedan intentar. PARAGRAFO: Las partes podrán modificar los términos de esta cláusula de este escrito por común acuerdo antes de darse el incumplimiento de las obligaciones suscritas en la presente promesa de compraventa”*

Igualmente, de entrada, se aprecia que su previsión está carente de los presupuestos de claridad, expresividad y exigibilidad.

En el artículo 1592 del Código Civil se define 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”**.

La función de dicho instrumento es la de **“servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios”**⁴. Se explica en tal sentido que a los **“contratantes les está permitido acordar, de manera previa, la forma como deberán ser reparados los perjuicios en el caso de incumplirse o cumplirse defectuosamente, las obligaciones contractuales, mediante la fijación de una cláusula penal”**⁵. Se le da así, una atribución **“estrictamente punitiva”**⁶.

Anticipándose de tal manera la valoración de los perjuicios, emanados los mismos del incumplimiento contractual, echa de menos el Despacho que aparezca claro, expresado y sin ninguna duda, que el demandante es contratante cumplido y no así el demandado. Las hipótesis lanzadas en el escrito genitor, por razonables y hasta plausibles que llegaren a ser, no son báculo suficiente para instrumentar la obligación con los presupuestos que el artículo 422 del Código General del Proceso reclama tener para considerar la configuración de un título ejecutivo.

Es de notar que al ser de naturaleza indemnizatoria la prestación abordada -o sancionatoria en este asunto-, carece de claridad y exigibilidad y no puede ser cobrada por vía ejecutiva, pues el Juzgado tendría que proferir una condena⁷ en el auto de mandamiento ejecutivo en

⁴ CSJ, SC de 7 de octubre de 1976, M.P. Alberto Ospina Botero,

⁵ CSJ SC170-2018, expediente N° 11001 31 03 039 2007 00299 01

⁶ Casación Civil, sentencia de 29 de abril de 1965.

⁷ Efecto propio de los procesos de conocimiento o declarativos, **“al reconocimiento del derecho o interés jurídico, cuya definición puede limitarse a la declaración misma de su existencia o no (declarativa), a modificar una determinada situación jurídica (constitutiva), o imponer al demandado una carga prestacional (condena), en donde de esta última surge para el beneficiado con ella el derecho a exigir**

tal sentido, y ello procesalmente es inaceptable desde cualquier punto de vista, puesto que sería necesario hacer una valoración probatoria, lo cual es una actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo y más particularmente al auto de orden de pago⁸.

Más allá de la aserción en tal sentido, debe estar debidamente demostrado y certificado que la parte se avino a cumplir con lo de su cargo, cuando le correspondió hacerlo. De tal no existe la constancia. Ello no hace más que denotar lo discutible del derecho, que sin ponerlo en entredicho ni prejuzgar, sí sirve para evidenciar que la robustez del débito y el instrumento que lo acompaña, no concurren en este asunto.

Sin desatender las explicaciones que frente a ello se esgriman, el debate adecuado para determinar lo pertinente, debe darse en el contexto de un juicio declarativo, que no a instancia de un ejecutivo, se insiste, porque no se avista la claridad, expresividad ni exigibilidad de las obligaciones demandadas.

Así las cosas, respecto a las solicitudes de librar mandamiento ejecutivo por el valor la cláusula penal plasmada en el contrato, otorgar y suscribir la escritura pública protocolaria del contrato de promesa de compraventa y las subsidiarias de condenar a la devolución de la suma de dinero entregada, del que se ocupa este Juzgado, se advierte que aquellas tienen inmersas unas obligaciones sometidas a condición suspensiva, pues dichos derechos personales y de crédito solamente surgen cuando ocurre el hecho futuro e incierto del incumplimiento de la contraparte, por lo tanto, el Juzgado se abstendrá de decretarlas, considerando que no se allegaron los documentos con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 427 del C.G.P. –en concordancia con el artículo 1542 del C.C.–, es decir, no se aporta documento privado que provenga del deudor, documento público, inspección o confesión judicial extraprocesal o sentencia que acredite la superación de la condición citada.

Por lo expuesto, el Despacho se abstendrá de librar el mandamiento ejecutivo de pago deprecado, recordando que *“el juez ejecutivo, es ante todo, y sobre todo, el juez del título fundamento del compulsivo”*⁹.

En consecuencia, de lo anteriormente esbozado, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE POPAYÁN,

DISPONE:

PRIMERO. DENEGAR, en su totalidad, el mandamiento de ejecutivo solicitado.

su cumplimiento, que de no hacerse de forma voluntaria abre paso a la acción ejecutiva o ejecución forzada”. CSJ, SC5515-2019

⁸ *Mutatis mutandis*, aplicable resulta el siguiente razonamiento: “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”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 23 de junio de 2000, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, expediente 4823

⁹ CSJ STC3298-2019, expediente N° 25000-22-13-000-2019-00018-01

SEGUNDO. NOTIFICADA ésta providencia, previa cancelación de su radicación y demás constancias pertinentes, ARCHIVASE el expediente.

TERCERO. RECONOCER personería a la abogada MARÍA DEL PILAR CARMONA PERAFÁN, identificada con cédula de ciudadanía N° 34.564.191 y tarjeta profesional N° 145.104 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la parte demandante, en los términos y para los fines del poder conferido.

NOTIFIQUESE

GLADYS VILLARREAL CARREÑO

La juez

RZ

Firmado Por:

Gladys Eugenia Villarreal Carreño

Juez Municipal

Juzgado Municipal

Civil 002

Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2f5fb9154c2663df5c820811e70196b20703a12faa2982d83b8dfc97c4aa4d5d**

Documento generado en 21/03/2023 03:31:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>