

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TURBACO BOLÍVAR
Calle del Tronco Cra. 11 N° 15-26 Teléfono 6556433

Demandante: Susana Cachila De La Espriella

Demandado: Donny Daniel Vásquez Ramos

Proceso: Ejecutivo Singular

Asunto: Recurso de Reposición

Radicado: 13836-40-89-002-2019-00542-00

TURBACO (BOLÍVAR), DOCE (12) DE MARZO DE DOS MIL VEINTE (2020)

ASUNTO

Se decide el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la parte ejecutada contra el Auto del 19 de septiembre de 2019, mediante el cual se libra mandamiento de pago y se decreta embargo.

ANTECEDENTES

1

1. Mediante providencia del 6 de septiembre de 2019, éste Juzgado inadmitió la demanda ejecutiva presentada por SUSANA CACHILA DE LA ESPRIELLA en contra de DONNY DANIEL VÁSQUEZ RAMOS, al considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en el Numeral 1 y 10 del Artículo 82 Código General del Proceso, y además porque la parte ejecutante en sus pretensiones solicitaba el pago de la cláusula penal e intereses moratorios, siendo estas excluyentes.

Posteriormente, en Auto del 19 de septiembre de 2019 este Despacho por considerar que se había subsanado la demanda dentro de la oportunidad legal y a la luz del Artículo 82 del Código General del Proceso, resolvió librar mandamiento de pago y decretar el embargo y retención de las sumas de dinero que posee el demandado en las entidades bancarias.

2. Ahora bien, el apoderado judicial del señor DONNY DANIEL VÁSQUEZ RAMOS, formuló recurso de reposición en contra del auto que libra mandamiento de pago, basándose en un argumento que se puede sintetizar así:

Indica que, de conformidad con el Artículo 1594 del Código Civil no se puede ordenar el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena, a menos que por el pago de esta última se entienda extinguida la obligación, cuestión que a su juicio no sucede en este caso, toda vez que en la cláusula quinta del contrato aportado como título ejecutivo, no se pactó dicha situación, y que por lo tanto el Despacho debe modificar el mandamiento ejecutivo.

3. En la oportunidad de ley, se pronunció la demandante señalando lo siguiente:

Manifiesta que, la cláusula penal acordada se deriva del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el contrato, y que el ejecutado como comprador incumplió su principal obligación al sustraerse al pago del precio del establecimiento de comercio "Restaurante Pescadería Bar la Canoa", el cual sucedió desde el 17 de enero de 2017, y en la actualidad adeuda VEINTISIETE MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$27.000.000.00).

Agrega también que, en la cláusula penal nada se dijo de la constitución de la mora del deudor, y que por lo tanto se debe entender que el simple retardo en el pago del precio es suficiente para que el comprador se haga acreedor al pago de la misma.

4. En sujeción al Artículo 319 del Código General del Proceso, se procede a resolver el recurso de reposición, previas las siguientes;

CONSIDERACIONES

1. El Artículo 1592 del Código Civil establece la posibilidad que tienen los extremos contratantes para estimar anticipadamente el valor de los perjuicios que les pueda ocasionar el incumplimiento del contrato, en los siguientes términos: "*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.*"

Del anterior artículo se puede colegir que son dos hipótesis en la que se puede pactar la cláusula penal, y es por la inexecución absoluta de la obligación o por su cumplimiento tardío.

En el mismo sentido, el Código Civil señala cuándo se puede acumular la pretensión de la obligación principal y la pena al mismo tiempo, y lo hace en el artículo 1594, así:

*"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.**"*

La disposición precitada contiene una regla general, y es la imposibilidad de pedir al tiempo el cumplimiento de la obligación y el importe de la pena, salvo dos excepciones, una de ellas tiene que ver con el incumplimiento absoluto, y la otra con el cumplimiento tardío. En efecto, la excepción a la regla general en el caso de incumplimiento absoluto, es que se haya estipulado que el pago de la pena no extingue la obligación principal, evento en el cual se pueden pedir simultáneamente ésta y la pena; y en el caso de cumplimiento tardío, cuando se haya estipulado la pena por el simple retardo, entonces también puede pedirse ésta y la obligación principal.

2. Ahora bien, en el asunto *sub judice* se tiene que la parte demandada alega que en el contrato no se estipuló cláusula alguna que indique que por el pago de la pena se entienda extinguida la obligación, y por tanto a su juicio no se puede pretender de manera conjunta el cumplimiento de la obligación principal y la cláusula penal. Por su parte el demandante alega que, en la cláusula penal nada se dijo de la constitución en mora del deudor, por lo que manifiesta que se debe entender que el simple retardo en el pago del precio es suficiente para que el comprador se haga el acreedor de la cláusula penal.

Bajo ese contexto, le corresponde al Juzgado analizar si en el contrato se pactó en alguna de sus cláusulas de conformidad con el Artículo 1594 que se debe pagar la pena por el simple retardo o que se puede solicitar el cumplimiento de la obligación principal y la pena al mismo tiempo. Con respecto a ello se tiene que la disposición pactada se encuentra en los siguientes términos:

"QUINTA.- Clausula Penal.- Si cualquiera de las partes incumpliere una cualquiera de las obligaciones establecidas en este contrato deberá pagar a la otra la suma de catorce millones de pesos M//L (\$14.000.000.00) a título de pena derivada de pena derivada de dicho incumplimiento."

Encontrándose así la estipulación contractual, y comoquiera que nos encontramos en un proceso ejecutivo, el Despacho debe traer a colación los requisitos para que un documento preste merito ejecutivo, al respecto Ramiro Bejarano Guzmán en su libro "Procesos Declarativos, Arbitrales y Ejecutivos" ha dicho lo siguiente:

"Que el documento contenga una **obligación expresa** significa que en él esté identificada la prestación debida, de manera que no haya duda alguna que existe una acreencia a cargo de un deudor y en favor de un acreedor. Lo expreso se identifica con lo manifiesto, y es contrario a lo oculto o secreto.

Que el documento contenga una **obligación clara**, significa que tal prestación se identifique plenamente, sin dificultades, o lo que es lo mismo que no haya duda de la naturaleza, limites, alcance y demás elementos de la prestación cuyo recaudo se pretende (...)

Que la **obligación sea exigible** tiene que ver con la circunstancia de que pueda demandarse su pago o cumplimiento, lo cual corrientemente ocurre cuando ha vencido el plazo o se ha cumplido la condición a la que estaba sujeta." (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

A la luz de lo anterior, éste Despacho concluye que el recurso de reposición presentado por el ejecutado está llamado a prosperar, toda vez que no se avizora en el contrato de compraventa de establecimiento de comercio presentando en este proceso, cláusula que permita de manera taxativa el cobro por vía judicial de la obligación principal y la pena de manera simultánea.

En efecto, para que se pueda ejecutar estos rubros al mismo tiempo las dos partes debieron acordarlo de manera específica en el contrato, en virtud del Artículo 1594 del Código Civil y del Artículo 422 del Código General del Proceso que exige que la obligación sea **expresa**, clara y exigible, sin embargo, nada se dijo en el documento que sirve como base de ejecución.

Así mismo, se debe decir que no es de recibo el siguiente argumento planteado por el demandante: " En la cláusula penal nada se dijo de la constitución en mora del deudor, por consiguiente debe entenderse que el SIMPLE RETARDO en el pago del precio es suficiente para que el comprador se haga acreedor al pago de la cláusula penal (...)", toda vez que como nos encontramos en presencia de un proceso ejecutivo, éste Claustro Judicial no debe entrar hacer inferencias o deducciones de los documentos presentados para el cobro, itérese, que la obligación debe encontrarse expresamente en el título ejecutivo.

Y es que, no puede pretermittir el apoderado del ejecutante que las dos hipótesis que plantea el Artículo 1594 del Código Civil no son de carácter supletorias, más bien le carga a las partes contrayentes fijar los efectos o consecuencias, o la obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, ergo, también debió pactarse en el contrato la pena por el simple retardo.

En armonía con lo anterior, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali Sala Civil- Familia en sentencia del 27 de marzo de 2019 en un caso de similares características, manifestó lo siguiente:

*"[L]a jurisprudencia ha venido afirmando reiteradamente que la cláusula penal debe ser objeto de interpretación restrictiva. La interpretación restrictiva se aplicará, sobre todo, a los casos en que se pretenda no sólo la pena pactada sino la obligación principal o aquella y la indemnización de los daños y perjuicios causados, afirmando que esta petición acumulada no podrá ser estimada, **salvo que se hubiese pactado expresamente por las partes esta posibilidad**, o que la pena tenga carácter monitorio."*

Luego entonces, la construcción gramatical empleada en el contrato objeto de discusión es perentoria y descarta cualquier conato de interpretación, pues no se convino en ningún momento que habría lugar el pago de la pena por el simple retardo y mucho menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal, como lo recaba la ley, para entonces sí poder acumular el cumplimiento de la obligación principal y la pena.

Siendo así las cosas, y como quiera que la parte demandante eligió mediante memorial radicado el 16 de septiembre de 2019 el cobro de la

cláusula penal, éste Despacho revocará parcialmente el mandamiento de pago adiado el 19 de septiembre de 2019, y en su lugar solo libraré mandamiento por el monto consignado en la cláusula penal.

3. Por otra parte, vislumbra este Juzgado que el señor DONNY VÁSQUEZ RAMOS, manifiesta que le otorga poder al Dr. GUILLERMO DAVID CASTELLAR YAMAL identificado con cédula de ciudadanía número 9.298.881 de Turbaco y tarjeta profesional 147.813 del Consejo Superior de la Judicatura, lo cual, por ser procedente de conformidad con lo establecido en el Artículo 74 y 77 del Código General del Proceso se reconocerá al Dr. GUILLERMO DAVID CASTELLAR YAMAL como apoderado del demandado, para los fines conferidos en el memorial poder.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Turbaco,

RESUELVE:

PRIMERO: REPONER PARCIALMENTE el Auto de fecha 19 de septiembre de 2019, en el sentido de librar mandamiento de pago únicamente por la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/C (\$10.000.000.00) por concepto de la cláusula penal pactada en el contrato de Compraventa de Establecimiento de Comercio de fecha 16 de noviembre de 2016. Líbrese el correspondiente oficio.

SEGUNDO: RECONOCER al Dr. GUILLERMO DAVID CASTELLAR YAMAL identificado con cédula de ciudadanía número 9.298.881 de Turbaco y tarjeta profesional 147.813 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del demandado, el señor DONNY VÁSQUEZ RAMOS, para los fines conferidos en el memorial poder.

TERCERO: No hay lugar a condenar en costas de conformidad con el Artículo 365 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAIME FRANCISCO CARBONELL ACOSTA
JUEZ