



RADICACION: No. 42.881
CODIGO: No. 08001315301620180010401
PROCESO: VERBAL – PERTENENCIA
DEMANDANTE: MERRY DAYANA POLANIA ACUÑA
APODERADO: ELIECER BARRERA DUQUE barreralug@hotmail.com
DEMANDADO: CARLOS FISBOIM RODACKY
APODERADO: BOLIVAR CONDE bolivariconde1964@hotmail.com
MAGISTRADO PONENTE: Dr. ABDON SIERRA GUTIERREZ

Barranquilla - Atlántico, febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede la Sala Octava Unitaria Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a pronunciarse respecto del Recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra del **auto de fecha 9 de marzo de 2020**, proferido por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ejecutivo instaurado por la señora **MERRYS DAYANA POLANIA ACUÑA** contra el señor **CARLOS FISBOIM RODACKY**.

RESUMEN DE LA CONTROVERSIA Y TRÁMITE PROCESAL

La parte actora, mediante demanda ejecutiva por obligación de hacer, pretende la suscripción de una escritura pública, génesis de un negocio jurídico de contrato de promesa de compraventa suscrito con el señor CARLOS FISBOIM RODACKY.

La demanda le correspondió por competencia, al Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de esta ciudad, quien en fecha 13 de agosto de 2018, profirió mandamiento de pago a favor de la señora MERRYS DAYANA POLANIA ACUÑA y en contra del demandado, conforme a lo establecido en el artículo 306 del C.G.P, previa inscripción del embargo respectivo, lo cual una vez notificado el demandado, no compareció a la Litis.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

Atendiendo lo estatuido en el artículo 328 C. G. del P., esta providencia que resuelve la alzada, debe limitarse a estudiar los reparos concretos que el apelante la haya enrostrado a la providencia apelada, a menos que de manera oficiosa la ley permita el estudio de aspectos diferentes.

Dentro del presente proceso, en primera medida, el funcionario de primera instancia, declaró terminado el proceso, al no encontrar acreditados los requisitos formales de exigibilidad del título ejecutivo para suscribir la escritura pública invocada.

Argumentó que, en tratándose de un título ejecutivo contractual, específicamente un contrato de promesa de compraventa, en la cual la



obligación ha de ser clara, expresa y exigible, en el presente asunto, no se comprobó el cumplimiento de una de las obligaciones pactadas en el contrato por parte del demandante, ello fue, el pago acordado en el contrato, concluyendo la existencia de un incumplimiento recíproco de las obligaciones pactadas por las partes.

Frente a la anterior determinación, por otro lado, la parte actora interpuso recurso de apelación, bajo los argumentos que si bien es cierto, el a-quo fundamenta su decisión, con base en que al revisar los montos referenciados en el libelo, y en el contrato objeto de ejecución, estas no corresponden a consignaciones, sino por el contrario, son erogaciones realizadas de la cuenta No. 76765739868 y relacionadas pagos Nominas de Forros Estadio por valor de \$124.100.000.

Considera que, dichas apreciaciones no se encuentran ajustadas a la realidad, como quiera que son transferencias que provinieron de la cuenta corriente No.76742552083 del Banco de Colombia, de quien es titular la empresa GRUPO FORROS ESTADIO S.A.S, de propiedad del señor Moisés David Fisboim Valverde, esposo de la ejecutante, destinados a cubrir la obligación discutida; adicional a ello, alega que, luce apresurada la decisión del censor judicial, cuando no emitió una prueba de oficio que corrobora lo expuesto, así como tampoco tuvo en cuenta que la parte demandada no compareció a la Litis.

Es preciso dejar claridad que esta Colegiatura, a través de auto de fecha 27 de agosto del 2020, ordenó decretar una prueba de oficio a fin de que la entidad Bancolombia, remitiera una certificación, informando si los descuentos efectuados en la cuenta corriente No. 76765739868 cuyo titular es el señor Carlos Fisboim Rodackky correspondían a consignaciones a favor del mencionado titular o, por el contrario, eran deducciones efectuadas de la cuenta de origen del demandante; del mismo modo, al no obtener repuesta por la entidad bancaria, se le requirió en igual sentido, por proveído de fecha 25 de enero de esta anualidad, sin recibir respuesta por la entidad financiera, así como tampoco se vislumbró colaboración alguna por parte del actor para consumir y materializar esta prueba.

Descendiendo al caso de marras, como acotación general, tenemos que en efecto, la posibilidad de obtener la ejecución de una obligación de hacer consistente en la celebración de un negocio jurídico, ante todo un contrato, se contempla expresamente en el artículo 434 del C. G. del P., dicha obligación no es la de realizar el mero acto material de suscribir el documento público o privado, sino de invocar coercitivamente el cumplimiento de determinado negocio jurídico, que bien puede requerir o no una solemnidad documental o simplemente documentarse y que igualmente podría ser un contrato real¹.

Quiere decir lo anterior, que para el perfeccionamiento de la obligación de hacer “facere” a través de la vía ejecutiva, además de constar en un título que cuente con los requisitos esenciales de todo título ejecutivo, de ser expreso, claro y exigible, es claro, que se requiere la mora de

¹ Hinestrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes*. Universidad Externado de Colombia. P. 221



uno de los contratantes, de conformidad al artículo 1610 del C.C, el cual contempla que, si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas a elección suya:

1. Que, se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.
2. Que se le autorice al mismo, para hacerlo por un tercero a expensas del deudor.
3. Que, el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Sin embargo a lo anterior, al partir el proceso ejecutivo de un derecho cierto, no le debe existir ninguna duda al fallador, respecto a la obligación, que en este caso se apremie a su cumplimiento, así pues, en paralelismo a la ejecución forzosa de prestaciones correlativas, además de acreditarse la mora de uno de los contratantes, en el cual medie un contratante cumplido en la relación obligatoria, es preciso que la prestación haya de ser exacta, esto es conforme a la obligación contraída.

En esta senda, es claro que al binomio tradicional conformado por el cumplimiento forzoso de la obligación y el resarcimiento, se adhiere el remedio de la resolución, del cual emerge que uno u otro remedio, deba invocarse por el contratante cumplido, pues ante el incumplimiento de la obligación de hacer por el deudor de ella, emanada de contratos sinalagmáticos o prestaciones reciprocas, se mantiene para el acreedor la opción general entre cumplimiento, como en este caso, o la resolución consignada en el artículo 1546 del C.C; en tal virtud, si la opción del actor, fue acudir directamente a la “condemnatio ad ipsam rem”, es decir “La elección del acreedor del apremio al deudor para la ejecución del hecho convenido” no debe quedar duda respecto del cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

De tal manera, tenemos que en el caso sub examine, no se pudo comprobar sin elucubración alguna, tanto en primera instancia, como en esta segunda instancia, el cumplimiento efectivo de la obligación a cargo del actor, respecto al pago tal y, como fue estipulado en el contrato preparatorio de promesa de compraventa, que forzara ejecutivamente a la celebración del contrato final por parte del deudor, presumiéndose un incumplimiento recíproco.

Lo anterior, en sustento, en que si bien reposan unos extractos bancarios de las cuentas de titularidad del demandado, no se evidencia de los mismos con claridad, el concepto efectuado y el real titular de las cuentas de origen de aquellas consignaciones que alega el demandante, fueron efectuadas por este al demandado para el cumplimiento de la obligación estipulada, del cual se predicará una obligación, clara, expresa y exigible, pese a que en el plenario, se intentó corroborar por las vías expeditas dicha información, para el esclarecimiento de los hechos objeto de la controversia.

En esa medida, merece la pena resaltar, que sobre el particular de la revisión oficiosa del título ejecutivo, la Sala de Casación Civil de la



Corte Suprema de Justicia en decisión, STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01, ha reiterado lo siguiente:

4

“Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restricta derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada (...).”

“Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo.

No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º ejúsdem, amén del mandato constitucional enantes aludido (...).”

“De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarle tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañadero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem (...).”

En razón a lo anterior, considera este despacho que habrá lugar a confirmar el auto objeto de recurso de conformidad con las motivaciones antes esbozadas.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMASE el auto de fecha 9 de marzo de 2020 proferido por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de esta ciudad



dentro del proceso Ejecutivo instaurado por la señora MERRYS DAYANA POLANIA ACUÑA contra el señor CARLOS FISBOIM RODACHY.

5

SEGUNDO: Sin costas por esta segunda instancia al no haberse causado.

TERCERO: Remítase la actuación al despacho de origen. Líbrese oficio.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ABDÓN SIERRA GUTIÉRREZ
Magistrado

Firmado Por:

**ABDON SIERRA GUTIERREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA CIVIL-FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR
BARRANQUILLA**

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:

**c8ce038d94ac788df1ddbe446131549921034f2c63ffdd0b498a
dd49fb33bba3**

Documento generado en 26/02/2021 09:26:16 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**