

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL POPAYÁN
SALA CIVIL - FAMILIA**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, veintidós (22) de noviembre del año dos mil veintitrés (2023).

En orden a resolver el recurso de apelación que la parte ejecutante interpuso contra el auto del 04 de agosto de 2023, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, dentro del proceso de la referencia y por medio del cual se negó el mandamiento de pago, bastan las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. Con el fin de abrir ejecución contra la Fundación Universitaria de Popayán, la demandante presentó tres contratos de arrendamiento celebrados con la ejecutada el 15 de agosto de 2012, el 15 de agosto de 2013 y el 15 de febrero de 2014 y, un interrogatorio de parte realizado a la ejecutada como prueba extraprocesal; anexos que, en opinión de la ejecutante, "constituyen un título ejecutivo complejo o compuesto".

El juez negó la orden ejecutiva porque: **i)** En el interrogatorio de parte no se configuró confesión por parte del representante legal de la Fundación

Universitaria de Popayán, *"pues sus respuestas no pueden analizarse de forma aislada, por el contrario, deben ser estudiadas **conjuntamente**"* agregando que de lo expresado por el interrogado, *"no es posible establecer con claridad que la arrendataria se obligó a incrementar el canon en un 7% por cada año de ejecución"*, ya que en las respuestas ofrecidas *"no se identifica fácilmente que acepte dicha prestación"*. **ii)** No es posible cobrar la cláusula penal al encontrarse supeditada a una condición suspensiva (el incumplimiento), *"y en este caso la ejecutante no acreditó ese incumplimiento"*, y, **iii)** No se pueden cobrar intereses moratorios sobre sumas adeudadas por concepto de cláusula penal, porque así no está pactado en el contrato y porque es pacífica la posición de la Corte Suprema de Justicia al enseñar que *"ambas figuras tienen por objeto sancionar al deudor por el incumplimiento y se estaría penalizando dos veces por el mismo hecho al demandado"*. (Negrillas y Subrayas fuera del texto).

2. Los títulos ejecutivos son documentos que contienen una obligación **clara** (porque identifica los sujetos y el objeto de la obligación), **expresa** (manifiesta, explícita, por oposición a aquella que es implícita o deducible) **y exigible** (se puede demandar su cumplimiento), proveniente del deudor o de su causante y que hacen plena prueba contra él. Así lo establece el artículo 422 del CGP.

3. En lo medular, la apelante insiste en la existencia de un título ejecutivo con las características arriba nombradas, porque: **i)** Los contratos de arrendamiento, la prueba extraprocesal y el documento: tabla en Excel

con liquidación año por año - cruzado mediante correo electrónico por las partes, demuestran que la ejecutada *"era consciente del pacto real entre las partes de un aumento del 7% anual, tanto así que de manera directa lo señala en el correo electrónico"*. **ii)** En el interrogatorio de parte extraprocesal, el representante legal aceptó con un *"contundente SÍ la existencia del pacto de incremento anual del 7%, no obstante, afirmar que se encuentra al día en sus obligaciones"*, lo que *"no es razón para negar el mandamiento de pago, ya que dicha aseveración debe ser una excepción de fondo, tal como pago total de la obligación o al menos parcial, lo que debe acompañar con las pruebas de pago"*, y **iii)** Hay lugar al cobro de la cláusula penal, ya que al no haber pagado el incremento del canon hay un cumplimiento parcial que da lugar a las mismas y se pueden cobrar intereses moratorios sobre las sumas debidas por clausula penal pero si no es de esa manera, el A Quo debe ajustar el mandamiento y no negarlo.

4. Lo que encierra el argumento del apelante es, en resumen, una discusión sobre lo confesado por el representante legal de la ejecutada en el interrogatorio que como prueba extraprocesal le fue practicado. Lo anterior es de esa manera porque el A Quo en forma concisa y clara explicó que sus respuestas no podían ser analizadas de forma *"aislada"*, sino de manera *"conjunta"*, en otras palabras y para situarlo en términos del legislador patrio, entendió que la confesión **no era divisible**.

5. La confesión como medio probatorio se entiende provocada o realizada espontáneamente en un sin número

de actos procesales previstos por el legislador (la demanda, contestación, réplica a las excepciones, etc., en los que se entiende, el apoderado judicial de la parte conserva facultades para confesar de manera espontánea los hechos ahí expuestos). En ese entendido, quien confiesa un hecho soporta las consecuencias adversas a esa confesión y la afectación que jurídicamente ello le produzca.

Sin embargo, como sucede en este caso - confesión cualificada -, el confesante suele agregar en su respuesta, otros hechos que pueden constituir **modificaciones, aclaraciones o explicaciones** del hecho confesado y que no dicen lo que la parte ejecutante le quiere hacer decir y menos, son divisibles como lo pretende hacer ver, desconociendo reglas de valoración probatoria, porque:

i) *"Toda confesión, por regla, es indivisible, lo que significa que los jueces deben aceptarla **con sus añadidos**"¹. **ii)** No se puede fraccionar el hecho confesado o separar los hechos para dar por probados los que afectan al confesante y rechazar los que le favorecen, de ahí que el artículo 196 del CGP establezca que: *"La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe". **iii)** Constituye un acto de lealtad con el confesante, de respeto a su libertad, de equidad y justicia, que probatoriamente se valore el hecho declarado en lo que perjudique, pero también en lo que lo beneficie.**

¹ Ensayos sobre el Código General del Proceso, volumen III - medios probatorios, Marco Antonio Álvarez Gómez, Pág.80.

Así lo ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia al enseñar que: *"Cuando el confesante condiciona el hecho que le es perjudicial y le atribuye elementos diferentes o complementarios a los asignados por su contradictor, **se muta en indivisible y, por tanto, deberá aceptarse con esas modificaciones, características o condicionamientos para no atentar contra este principio de consustancialidad o inherencia probatoria del medio de convicción**"* (Negrillas fuera de texto).

6. La indivisibilidad, sin embargo, no es regla absoluta y sus excepciones, pueden ser consultadas en el citado artículo 196, pero de ellas no se va a ocupar el despacho al considerar que esas hipótesis no son aplicables aquí. Y es que, si se miran bien las cosas, lo que quiere la parte apelante es tomar una aseveración hecha por el confesante, pero a medias, o lo que es lo mismo, dividida, fraccionada.

Tal como con acierto lo explicó el A Quo, en el interrogatorio de parte allegado como prueba extraprocesal no se configuró confesión por parte del representante legal de la ejecutada, quien en efecto aceptó que existía la obligación de realizar incrementos en los cánones de arrendamiento pero complementando todas sus respuestas para exponer que ello es conforme a lo acordado por las partes, que los acuerdos se encuentran plasmados en los contratos, que no tienen obligaciones o compromisos pendientes con la ejecutante y que actualmente no deben absolutamente nada y se encuentran al día en sus obligaciones, explicaciones

que son conexas y guardan relación directa con el hecho debatido.

Para abundar en razones, los contratos de arrendamiento en bienes de propiedad de la demandante, frente al incremento porcentual, preceptúan en la cláusula décima:

*"(...) **En el evento de prorrogarse por mutuo acuerdo este contrato, las partes de común acuerdo determinan desde ahora un reajuste en el valor del precio o canon mensual equivalente al siete por ciento (7%) para el respectivo año, sobre el canon vigente**, quedando a salvo el derecho de las partes contratantes para acudir al procedimiento previsto en el Artículo 519 del Código de Comercio, para reajustes posteriores. (...)"* (Subrayado y Negrillas del Despacho).

Prórroga que se podía producir, de acuerdo con lo pactado por las partes, cada **cinco años**, según la cláusula segunda:

*"SEGUNDA. -Término o plazo de duración. Terminación y prórroga. - **El término o plazo de duración del presente contrato será de cinco años (05)** contados a partir del día quince (15) de agosto de dos mil doce (2.012), finalizando el día quince (15) de agosto de dos mil diez y siete (2.017). Este contrato termina por el vencimiento del término estipulado. Los contratantes podrán prorrogarlo por otro período de doce (12) meses mediante comunicaciones escritas, por lo menos con un mes de antelación a su vencimiento. Lo anterior sin perjuicio del derecho de renovación consagrado en el artículo 518 del Código de Comercio." (Subrayado y Negrillas fuera del texto original).*

Es decir, que, el reajuste del 7% descrito en la cláusula 10° dependería de lo dispuesto en la 2° de los contratos aportados.

Razón por la que la ejecutante al interponer la demanda explicó que:

... "TERCERO. - Frente a los incrementos las partes pactaron un incremento anual del SIETE POR CIENTO (7%) para cada año de ejecución, no obstante, en un error de redacción se estableció un el texto contractual en la cláusula décima, un incremento del SIETE (7%) para cada renovación, la cual ocurriría cada 5 años de ejecución.

CUARTO. - Ante dicho error, se interpuso una solicitud de prueba extraprocesal que se surtió el día 17 de mayo de 2023 en el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN con el objeto de que el señor representante legal de la ahora ejecutada confesara el real pacto y voluntad de las partes..."

Corolario de lo anterior, no puede romperse, dividirse la confesión, como la ejecutante quiere a su conveniencia, dado que para el absolvente el hecho de los incrementos estaba sometido a la variable de lo pactado en los contratos para ese efecto, lo que lo hacía tener el convencimiento de estar al día en las obligaciones discutidas.

Aseverar que lo que ahí dijo el demandado fue, que debe el incremento pero que ya lo pagó, para lograr la divisibilidad de la confesión y obligarlo a excepcionar ese pago; es desdibujar lo que respondió al absolver el interrogatorio y suponer que el hecho agregado constituye una excepción de pago, cuando no fue eso lo

exteriorizado por el interrogado, máxime cuando si existieron acuerdos verbales, de su contenido exacto, tampoco hay confesión alguna.

7. Clarificado lo anterior, debe decirse que el documento que se dice cruzado mediante correo electrónico y que contiene una *"tabla en Excel"* con la cuantificación de los supuestos incrementos debidos, ni quita ni pone al título ejecutivo echado de menos, no solo porque en él no hay reconocimiento alguno de la obligación sino porque como de manera detallada lo especificó el A Quo al resolver la reposición, y esta Corporación así lo reproduce, no hay certeza de que la ejecutada sea la autora de ese documento Excel, el correo electrónico (documento PDF) aportado no contiene la obligación, no identifica quién es el acreedor ni el deudor, ni a cuáles contratos se refiere y tampoco se determinó el rol del señor Fernando Solis Escobar (con quien se cruzan los correos), de manera que queda en entredicho su capacidad para obligar a la ejecutada, luego ni de manera autónoma, ni compuesta puede decirse que presta mérito ejecutivo.

8. Finalmente sin estar probada la existencia de la obligación de pagar los incrementos que se pretenden ejecutar, resulta obligado concluir que no se puede predicar incumplimiento de la ejecutada y, por ende, no se la puede señalar como deudora de una cláusula penal que en palabras de la Corte Suprema de Justicia - SC3047-2018, *"constituye una obligación condicional, porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la obligación principal"*, siendo inane discutir si debido ese dinero - que aquí no se considera incorporado en algún

documento que preste mérito ejecutivo - se generarían o no intereses moratorios.

Por lo expuesto, el suscrito Magistrado Sustanciador del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA,**

RESUELVE:

PRIMERO: **Confirmar** el auto proferido el 04 de agosto de 2023, por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ejecutivo adelantado por la señora MARÍA DEL MAR TORO ALVAREZ, contra la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE POPAYÁN, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, conforme lo establecido en el numeral 8°, del artículo 365 del CGP.

TERCERO: Comunicar lo dispuesto al Juzgado de origen, enviando copia de este pronunciamiento para que obre al interior del expediente digital. Por Secretaría archivar la presente actuación.

El Magistrado Sustanciador,



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES