



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
MAGISTRADO SUSTANCIADOR
DR. FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES

Santiago de Cali, veintidós (22) de junio de dos mil veintiuno (2021).

**REF. PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE MARIA CECILIA ROJAS HURTADO
FRENTE A MARCELO SERRANO DELGADO Y OTRO.**

Rad. 76001-31-03-010-2020-00022-01 (9634).

Se decide por medio del presente proveído el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente al auto proferido por el Juzgado Décimo (10) Civil del Circuito de Cali por medio del cual negó el mandamiento de pago.

I.- ANTECEDENTES Y ACTOS PROCESALES.

El Juzgado Décimo (10) Civil del Circuito de Cali, conoció del Proceso Ejecutivo Singular adelantado por María Cecilia Rojas Hurtado frente a Marcelo Serrano Delgado y Miguel Hernán Urrego Varón radicado bajo el número 76001-03-31-004-2018-0096-00, donde se aportó como título ejecutivo un Contrato de promesa de compraventa de bien inmueble, para obtener el pago de \$150.000.000.00, contenido en la cláusula penal.

Mediante auto interlocutorio No. 097 del 25 de febrero de 2020, el juzgado de primera instancia decidió negar el mandamiento de pago al considerar que el contrato de promesa de venta aportado como título ejecutivo, no cumple con el requisito de exigibilidad previsto en el artículo 422 del Código General del Proceso, debido a que *"el contrato se perfecciona el 30 de octubre de 2021, además, no hay constancia que dicha fecha se haya modificado antes por acuerdo de las partes"*. Agregó que, no aparece estipulado en la cláusula sexta de la promesa, la pena

por el *"simple retardo, o a menos que se haya 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, para efectos de su cobro conforme lo dispone el artículo 1594 del C.C."*

Recurso de reposición en subsidio el de apelación.

Frente a la citada decisión, el apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso reposición en subsidio el de apelación en orden a que sea revocada y en su lugar, se libre el mandamiento de pago. En su escrito indicó:

i) Que la cláusula sexta del contrato de promesa de *"Compraventa"* reúne el requisito de *"expresividad"*, ya que la intención de las partes al suscribir el contrato *"fue dotar el documento para que el mismo sirviera de garantía de acuerdo a sus intereses"*, de ahí que afirme, que no puede predicarse que la obligación carece de exigibilidad, pues la pretensión *"no se encuentra supeditada a un plazo, como lo es que llegue la fecha de otorgamiento de la escritura de venta"*.

ii) Con relación a la exigibilidad de la obligación, sostuvo que este se posibilita en el momento en que *"se pueda cobrar lo pretendido"*, y en el presente asunto eso se determinó por las partes por el *"incumplimiento del comprador o del vendedor"*. En ese sentido, afirma que la juez no observó lo expresado en los hechos de la demanda, pues ahí se advierte los incumplimientos en que incurrieron los demandados, tales como: la falta de pago del crédito ante el Banco de Bogotá; de la administración del Conjunto Residencial y el saldo que pagaría a la demandante.

Subraya que no puede la jueza *"supeditar la exigibilidad de la Cláusula Penal a la fecha que en su momento las partes pactaron como fecha para el"*

otorgamiento de la escritura de transferencia”, ya que esta se estipulo para estimar anticipadamente los perjuicios, activándose en el momento que una de las partes no cumpla con sus obligaciones contractuales.

Por lo anterior consideró que es desacertado el planteamiento elaborado por el juzgado, para fundamentarlo cita dos apartes de dos decisiones judiciales proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Por otro lado, manifestó que la cláusula penal, la plantearon por las partes para quien *"incumpliera las obligaciones del contrato debería cancelar una multa en favor de la parte cumplida".*

Resolución del recurso de reposición.

Mediante auto interlocutorio No. 179 del 6 de agosto de 2020, el juzgado decidió no revocar la decisión adoptada y en su lugar, conceder el recurso de apelación. Consideró que, a partir del cumplimiento de la obligación principal (firma de la escritura pública), o de esa fecha, es *"que puede predicarse que existe incumplimiento o retardo".* De esa manera, sostuvo que al tratarse de *"acciones ejecutivas se debe allegar un documento donde conste una obligación clara expresa y exigible y en el presente asunto conforme con lo antes analizado, no se cumple este último requisito, ya que la cláusula penal es una cuestión accesoria dentro del contrato principal que tiene como objetivo la tasación anticipada de unos perjuicios y la fecha de cumplimiento de la obligación principal (el otorgamiento de la escritura pública de compraventa) ha sucedido".*

II.- CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia

Conforme al numeral 1º del artículo 31 en concordancia con el numeral 4º del artículo 321 del Código General del Proceso esta Sala Unitaria es competente para conocer el presente recurso de apelación.

2.2. Planteamiento del Problema Jurídico.

¿Determinar si la cláusula penal contenida en el contrato de promesa de compraventa cobrada en el presente proceso ejecutivo constituye una obligación exigible al demandado y en consecuencia presta mérito ejecutivo?

Para desarrollar el problema jurídico planteado, se abordará el estudio de los requisitos del título ejecutivo y el cobro de la cláusula penal en el proceso ejecutivo y finalmente se abordará el caso concreto.

2.3. Referente normativo.

2.3.1. Requisitos del título ejecutivo.

Determina el artículo 422 del Código General del Proceso que podrán demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos provenientes del deudor o de su causante y que constituyan plena prueba contra él, o estén contenidas en decisiones judiciales o administrativas con fuerza ejecutiva.

Respecto a la exigibilidad se ha manifestado que tiene que: *"ver con la circunstancia de que pueda demandarse el pago o cumplimiento de ella, lo cual corrientemente ocurre cuando ha vencido el plazo o se ha cumplido la condición a la que estaba sujeta"*¹.

2.3.2. Improcedencia del cobro ejecutivo de la cláusula penal.

¹ Bejarano Guzmán, R. Procesos Declarativos, ejecutivos y arbitrales. 5a ed. Edit. Temis. Bogotá. 2011. Pág. 515.

La cláusula penal aparece regulada en los artículos 1592 a 1601 del Código Civil para los asuntos civiles, y para los comerciales por aquellas disposiciones en concordancia con lo dispuesto en los artículos 867 y 822 del Código de Comercio.

Así pues, de cara a lo aquí se cobra, una cláusula penal, obligación que se entiende condicionada al hecho de incumplimiento de alguna de las partes contractuales, resulta necesario que se pruebe el acaecimiento de la condición para que sea exigible, como lo dispone el artículo 1542 del C.C., *“no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente”*. En esa misma línea el artículo 427 del CGP impone que para la ejecución de una obligación condicional debe *“acreditarse el cumplimiento de la condición suspensiva cuando la obligación estuviere sometida a ella.”*

Por lo visto, se colige que, si se pretende el cobro ejecutivo de una cláusula penal, la que por su naturaleza es una obligación condicional, debe haber certeza sobre el incumplimiento del contrato por la contraparte, de lo contrario no se hace exigible ejecutivamente.

2.4. Referente jurisprudencial.

Respecto al tema tratado, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

*“Preciso es relieves que las obligaciones de la promesa pueden no sólo dirigirse a la celebración del negocio prometido, pues es posible pactar adelantadamente, como en este caso, cancelaciones anticipadas o lo relativo a la entrega de los bienes ofrecidos en venta; **sin embargo, lo referente al cumplimiento de dichos deberes, los cuales subsisten luego de agotarse la finalidad del convenio prometido, generan vías especiales para su reclamación y, en lo atinente a este asunto, bien puede advertirse que un trámite ejecutivo no se muestra como idóneo, pues existe amplia discusión en torno a la satisfacción del compromiso de pago adquirido por la aquí querellante”**. (Sentencia de 4 de noviembre de 2015. M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villavona)*

Acerca del entendimiento, alcances y utilidad de la cláusula penal en sí, la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, ha sostenido:

"La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal según la ley "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 (C.C. art. 1592). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios".

"Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (C. C. art. 1604); en tercer lugar, evita controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor".

Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1594 del C.C); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro eventos sí puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C).²

III. CASO CONCRETO.

Para nadie es desconocido que la obligación principal de un contrato de promesa de compraventa es la firma de la escritura pública que transfiere el bien inmueble.

Siguiendo esa misma línea, y con miras a dar respuesta al problema jurídico planteado, debe indicarse que en el presente asunto, las

² H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 7 de 1976.

partes contractuales convinieron como objeto del contrato, la firma en época posterior de la escritura pública que contendría la transferencia del dominio del bien inmueble inmiscuido en el contrato, de allí que el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, para el cobro de la cláusula penal debería sobrevenir ante el incumplimiento de esa obligación principal, no de otra forma podríamos entender de lo dicho por las partes en la cláusula primera del contrato de promesa de compraventa, cuando indicaron: "*CLAUSULA PRIMERA. OBJETO: LA VENDEDORA SE OBLIGA A VENDER AL COMPRADOR EL INMUEBLE IDENTIFICADO [...]*".

De allí que, y en vía de aclaración, cabe decir que la forma de pago, como cláusula que las partes plasman en el contrato de promesa es obligación propia del contrato prometido, mas no obligación de aquella, tal como lo piensa el apelante.

La condición para ejecutar la cláusula penal no está cumplida.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe indicarse que de conformidad con las cláusulas sexta y séptima, que para mayor claridad se transcriben, la condición, valga decir el incumplimiento contractual que podría predicarse del demandado no ha operado, pues la obligación de celebrar la escritura pública sólo habrá de operarse un día que aún no llega, el 30 de Octubre de 2021.

Cláusula 6ª del contrato de promesa de compraventa: "*SEXTA. – CLÁUSULA PENAL: LAS PARTES ACUERDAN QUE PARA **EL CASO DE INCUMPLIMIENTO** DEL COMPRADOR O VENDEDOR UNA MULTA DE \$150.000.000 (CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL). ADEMÁS, LAS PARTES ACUERDAN QUE ESTE CONTRATO PRESTA MERITO*

EJECUTIVO PARA SOLUCIÓN DE CUALQUIER CONFLICTO LEGAL. [...]”³.
(Negrillas del Tribunal).

Cláusula 7ª del contrato de promesa de compraventa: "**LA ESCRITURA PÚBLICA QUE PERFECCIONA** ESTA PROMESA SE REALIZARA EN TRES AÑOS **EN OCTUBRE 30 DE 2021 O ANTES POR ACUERDO DE LAS PARTES**".
(Negrillas del Tribunal).

Dado lo anterior, obsérvese que la demanda se presentó antes de fenecer el término que se tiene para el cumplimiento de la promesa, es decir de la firma de la escritura pública, luego la ejecución de la cláusula penal, fue prematura.

Cabe precisar que, si bien pudo existir por la parte demandada algún incumplimiento del contrato (falta de pagos de cuotas de administración y la obligación entre otros), esto no autoriza al demandante para la ejecución de la suma determinada en la cláusula penal, pues más allá del presunto incumplimiento, la exigibilidad de la sanción se determina con la firma o no de la escritura pública de venta que transfería el inmueble.

Por último, no se observa en el plenario pruebas que determinen con certeza el supuesto incumplimiento en que habría incurrido la parte demandada, debiéndose precisar que no es el juez que conoce el proceso ejecutivo quien entre a determinar si hubo o no algún incumplimiento de la promesa, pues ello es materia que debe dilucidarse dentro del proceso declarativo, de lo contrario se desnaturalizaría este proceso de ejecución, el cual parte de la base de un título que preste mérito ejecutivo, por lo que si se entrara a declarar el incumplimiento de las partes significaría que se utilice la vía

³ Folio 7-8 C-1.

ejecutiva para construir el título ejecutivo, cuando sabido se tiene que para que pueda promoverse la ejecución la obligación que se cobra debe ser, clara, expresa y exigible.

Conclusión.

El contrato de promesa de compraventa de bien inmueble aportado como título ejecutivo base de la ejecución para el cobro de la cláusula penal, no contiene una obligación exigible en la medida que no se ha vencido el plazo establecido para el cumplimiento o incumplimiento de la firma de la escritura pública.

Decisión.

Por lo todo lo anterior, se confirmará la decisión apelada por las razones aquí expuestas.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado Sustanciador,

RESUELVE:

1º.- CONFIRMAR el auto atacado de fecha y procedencia conocidas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2º.- SIN COSTAS en esta instancia por cuanto no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y DEUÉLVASE



FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES

Magistrado