

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Bogotá D.C, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103004 2021 00299 01
Procedencia: Juzgado Cuarto Civil del Circuito
Demandante: Alianza Fiduciaria S.A. como vocera y
administradora del Fideicomiso Morph
Medellín
Demandado: Javier Habacuc Páez Prieto
Proceso: Ejecutivo
Asunto: Apelación Auto

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la providencia calendada 23 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso **EJECUTIVO** promovido por **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO MORPH MEDELLÍN** contra **JAVIER HABACUC PÁEZ PRIETO**.

3. ANTECEDENTES

3.1. Mediante el pronunciamiento materia de censura, el Funcionario

revocó el mandato de solución del monto invocado por concepto de cláusula penal, emitido el 10 de septiembre 2021, con sustento en que no se demostró a través de confesión o mediante un veredicto emanado de autoridad investida de jurisdicción, la condición de contratante incumplido del ejecutado, al no realizar el pago de las cuotas mensuales que le correspondía como beneficiario de área¹.

3.2. Inconforme con la determinación, el abogado de la parte demandante planteó remedio horizontal, y en subsidio, alzamiento², mantenida la determinación con fundamento en que el tópico atinente a los requisitos del título no es un punto nuevo por resolver, motivo por el cual es improcedente la reposición propuesta frente a la determinación que resolvió un recurso de similar estirpe, se concedió el medio de impugnación mediante proveído del 17 de agosto anterior³.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como sustento de la solicitud revocatoria de la negativa al mandamiento de pago deprecado, refirió el mandatario judicial que en la providencia revocada se analizaron los requisitos de fondo del documento base de la ejecución, así como los formales, los cuales, junto con los sustanciales, regulados en el artículo 422 del Código General del Proceso cumple, en la medida que el contrato fue firmado por el deudor, de la disposición décimo séptima se desprende una suma liquidable por medio de una operación aritmética; y, es exigible la penalidad en recaudo, por cuanto las misivas adosadas con el libelo respaldan que al ejecutado se le aplicó el proceso de desistimiento unilateral por deshonorar la satisfacción de las obligaciones dinerarias adquiridas.

¹ Archivo 27AutoDecide Reposición.

² Archivo 28Reposición-Apelación.

³ Archivo 30AutoDecideReposiciónSubsApelación.

La inobservancia de los deberes negociales que le atañen al demandado, no solo son una manifestación de la sociedad actora, pues se encuentra refrendada en la ejecución, pese a que las negaciones o afirmaciones indefinidas no requieren de prueba, por los requerimientos de mora ante el impago de las cuotas, los estados de cuenta de obligaciones vencidas, la notificación del desistimiento contractual y la certificación de la empresa precursora que da fe de una mora superior a 60 días. No obstante, la satisfacción de las prestaciones le corresponde debatirlas al ejecutado a través de las excepciones de mérito.

Lo anterior encuentra asidero en las providencias de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Medellín -Mattel Inc. Contra Rosero García- y de Bogotá -radicación 044 2021 00099 01, en las cuales se indicó que tratándose de la exigibilidad de obligaciones contractuales es innecesaria la declaración previa de incumplimiento, y la acreditación del acatamiento de estas por parte del accionante, dado que ello debe alegarse a través de los medios de defensa correspondientes -conforme lo expuso el tratadista Hernando Morales Molina-, cuya carga probatoria le concierne al intimado.

Por todo lo anterior, no es dable debatir la exigibilidad de la pena en recaudo a través del recurso de reposición contra la decisión que resolvió sobre el mandamiento ejecutivo implorado, basta que la convención reúna las condiciones para servir de título ejecutivo, para que las obligaciones allí contenidas puedan ejecutarse, como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de 25 de mayo de 2006.

Es dable el cobro de la aludida penalidad en un compulsivo, al punto que el artículo 425 del Código General del Proceso señala que, dentro del término para proponer excepciones, el ejecutado puede pedir su reducción.

La obligación insatisfecha debe fluir con plena claridad, sin que requiera de una interpretación o análisis profundo, tal como indicó el veredicto del 11 de agosto de 2014, expediente 028 2011 00318 01 de la Sala Civil de este Colegiado⁴.

5. CONSIDERACIONES

5.1. El aspecto toral de todos los procesos ejecutivos, sin excepción alguna, es, en esencia, la satisfacción o cumplimiento de una obligación de dar, hacer, o no hacer, a favor del demandante y a cargo del demandado, que conste en un título, que según las voces del artículo 422 del Código General del Proceso, se constituye por aquel documento contentivo de una obligación expresa, clara y actualmente exigible, proveniente del deudor o de su causante, y que constituye plena prueba en su contra.

Sobre el tópico, conviene recordar que la jurisprudencia constitucional ha dicho:

“...Los títulos ejecutivos deben gozar de dos tipos de condiciones: formales y sustanciales. Las primeras exigen que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación (i) sean auténticos y (ii) emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme.” Desde esta perspectiva, el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está contenida en varios documentos. Las segundas, exigen que el título ejecutivo

⁴ Archivo 31SustentaciónRecurso.

*contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible...*⁵

5.2. Se ha dicho que la obligación es expresa, cuando en el documento se determina de manera indubitable, tratándose de sumas de dinero, que estén estipuladas en una cifra numérica precisa, o que sea liquidable por simple operación aritmética. Clara, cuando en el título consten todos los elementos que la integran, esto es, la identificación del acreedor, del deudor y del objeto o prestación. Exigible, si no está sometida a plazo por no haberse indicado o por haberse extinguido, o al no sujetarse a condición o modo alguno, o si habiéndolo estado estos se hubieren realizado.

5.3. Radicada la controversia del *sub examine* en el mérito ejecutivo de la cláusula penal convenida en el contrato aportado como báculo del recaudo, resulta pertinente mencionar que el artículo 1592 del Código Civil la define como “...aquella en la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena consistente en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal...”.

El criterio de la jurisprudencia y la doctrina no es unánime en cuanto a su mérito ejecutivo, dado que algunas posturas lo niegan de entrada, mientras que otras lo admiten en determinados eventos.

Para unos, dicha penalidad no debe ser cobrada en un proceso ejecutivo, porque su orden de pago es propia del declarativo, luego que en este se determine el incumplimiento del demandado. En ese sentido el Consejo de Estado precisó:

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-747 de 2013.

*"...Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente..."*⁶.

En criterio de otros, solo es dable perseguir en un compulsivo tal penalidad por la desatención de las prestaciones que le concernían al ejecutado, si previamente se definió en un juicio declarativo que el demandante acató las que a él le correspondían. Sobre el particular, el tratadista Darío Preciado Agudelo expuso:

*"... teniendo en cuenta el principio procesal de la simultaneidad de las obligaciones, según el cual el actor debe comprobar la efectividad de sus obligaciones como condición previa de su acción judicial, de tal modo que no puede exigir la prestación de la parte contraria sin haber él realizado la suya; según esto, el juez tiene que investigar si el demandante si ha cumplido su prestación, indagación que no es posible sino dentro de la vía ordinaria..."*⁷.

En cambio, algunos, admiten que es innecesario adelantar un proceso que determine la observancia de los deberes negociales del promotor y el desacato de los mismos por parte del intimado, pues basta con que se adjunte a la demanda un título ejecutivo complejo, conformado por el documento que contiene tanto la obligación principal como la pena, y por aquellos con los cuales se demuestre el incumplimiento

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de febrero de 2001 de Inselec Ltda. contra Emcali. Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷ Preciado Agudelo, Darío. El Proceso de Ejecución. Segunda Edición. Bogotá 1997. Librería del Profesional, página 175.

del demandado y correlativa observancia de las obligaciones que le atañían al demandante.

“...Bajo este entendimiento, es claro que el cobro de la cláusula penal, está sometido al cumplimiento de una condición suspensiva negativa, que pende de un hecho negativo e incierto, cual es el no cumplimiento de las obligaciones principales derivadas del contrato (Artículos 1530 y 1531 del C. C.), ... debe estar acreditado, tornándose entonces el título ejecutivo en complejo, pues para que preste tal mérito, debe obrar no sólo el contrato en el que consten las estipulaciones contractuales que sobre el particular se pretenden hacer valer, sino también la prueba del cumplimiento de sus obligaciones en forma íntegra por parte del ejecutante y el incumplimiento de las suyas por el ejecutado...”⁸.

Hay juristas que defienden que es viable librar mandamiento de pago por la penalidad, siempre y cuando el contrato que la contenga preste mérito ejecutivo, sin que sea necesaria la prueba del cumplimiento del demandante y de la desatención del intimado. Sobre el particular el Consejo de Estado precisó:

“...en la medida en que el contrato reúna las condiciones para servir de título ejecutivo, las obligaciones que allí se encuentran pueden ser ejecutadas por el juez; pero si no tiene esta fuerza, entonces el acreedor cumplido debe proceder a instaurar un proceso judicial de conocimiento, para que el juez proceda a efectuar las declaraciones y condenas que se deriven del contrato y del incumplimiento...”⁹.

Otro grupo sostiene que para el recaudo de la cláusula penal es innecesaria la declaración previa de deshonor de parte del deudor, o

⁸ Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, Auto del 7 de mayo de 2009, expediente 20090005. Magistrado Ponente doctor Sergio Gómez Rodríguez.

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Cláusulas penales en los contratos estatales, sentencia de 25 de mayo de 2006, expediente 2006 00050 00. Consejero Ponente Doctor José Arboleda Perdomo.

la acreditación de la observancia de las prestaciones que le corresponden al demandante, pues tales tópicos se debaten mediante excepciones en el proceso de ejecución. A tono con ello otra de las Salas de Decisión de este Colegiado advirtió:

“...la ejecución fundada en un contrato bilateral procede sin necesidad de acreditarse desde el comienzo el cumplimiento del ejecutante o su allanamiento a cumplir, pues que tal aspecto no es oportuno discutir al momento del mandamiento de pago, porque para esos efectos de fondo están previstos otros medios de defensa para el ejecutado...”¹⁰.

Igualmente, una parte de la doctrina, con el mismo criterio, precisa:

“...A la cláusula penal, por regla general, pueden oponerse las mismas excepciones que, a la obligación principal, entre ellas las de contrato no cumplido. Más para librar ejecución se contempla exclusivamente la obligación que ella sustituye por equivalente, sin consideración a que exista a favor del deudor en caso de contrato bilateral. El incumplimiento del acreedor ejecutante constituye excepción, tanto para la obligación principal según se dijo, como para efectos de la mora del deudor, para cobrarle la cláusula penal...”¹¹.

Por último, se encuentra la posición de quien sostiene que para establecer si es factible ejecutar la pena, debe examinarse, al amparo de las normas procesales y sustanciales aplicables, la naturaleza del proceso ejecutivo -si es de dar, hacer, no hacer-, así como de la cláusula penal – con el fin de esclarecer si es moratoria o compensatoria-.

Así destacan que, al amparo de los artículos 1594, 1596 y 1600 del

¹⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. Expediente 044 2021 00099 01. Magistrado Ponente Doctor José Alfonso Isaza Dávila.

¹¹ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal, Novena edición. Volumen II. Bogotá 1985, editorial ABC, página 181.

Código Civil, la memorada penalidad, como estimación anticipada de perjuicios, admite dos modalidades: la referida a los perjuicios compensatorios –por la inejecución del contrato y la atañedora a los perjuicios compensatorios -reclamable aún por el simple retardo-.

En línea con ello, el cobro de perjuicios compensatorios, y por ende la cláusula penal de esta clase, solo es viable reclamarla por la vía ejecutiva como pretensión subsidiaria, cuando se persigan obligaciones de no hacer -artículo 435 del Código General del Proceso -, de dar bienes muebles distintos al dinero -artículo 432 *ibidem*- o de hacer -artículo 433 *ejúsdem*-, por así establecerlo las normas en mención.

Por tanto, en coherencia con tales argumentaciones, para el reconocimiento y orden de pago de los perjuicios compensatorios, generados por el desacato de una prestación de diferente linaje de las antes mencionadas, se debe “...optar por el cumplimiento, en los términos del artículo 1546 del C.C. y en subsidio pedir, estimándolos bajo juramento, los perjuicios que fueron irrogados -o reclamar la cláusula penal compensatoria. Pero ni aquellos ni esta pueden cobrarse como pretensión principal, pues implicaría que el juez tendría que proferir una condena en el auto de mandamiento ejecutivo.

Por su parte, la cláusula penal pactada expresamente como moratoria o por el simple retardo y que, por tanto, puede aparejarse a la obligación principal, es susceptible de cobro mediante proceso ejecutivo en los casos y en la medida en que el legislador admita también el cobro de perjuicios moratorios: en obligaciones de cosa mueble distinta de dinero ..., en obligaciones de hacer ..., y en obligaciones de hacer...”¹².

¹² BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. El cobro de la cláusula penal por la vía ejecutiva.

Este último criterio es el acogido por el Despacho, porque se encuentra fundamentado en las normas sustanciales y procesales que disciplinan la materia, las cuales, examinadas en conjunto, en efecto, como lo advierte tal postura, permiten colegir que el legislador solo estableció la posibilidad de cobrar ejecutivamente, en determinados eventos, -dependiendo la clase de obligación perseguida como pretensión principal-, de forma subsidiaria, los perjuicios compensatorios y, por ende, la penalidad de esta naturaleza, sin que se encuentre regulada la alternativa de lograr su solución como petición principal.

Por esta razón, siendo el contenido de la cláusula penal en recaudo de esta estirpe, debido a que su tesitura denota que fue pactada como una estimación anticipada de perjuicios, ante la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato, deviene improcedente su reclamo por la vía compulsiva.

Lo anterior, dado que la memorada estipulación es del siguiente tenor literal:

“DÉCIMA SÉPTIMA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales que adquieren recíprocamente EL BENEFICIARIO DE ÁREA Y EL FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE, se pacta entre ellos una pena pecuniaria por suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de la unidad inmobiliaria objeto del presente contrato, a título de estimación anticipada de perjuicios. Esta pena también será aplicable en contra del ENCARGANTE por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en la carta de instrucciones.

Parágrafo Primero: para todos los efectos contractuales y legales EL BENEFICIARIO DE ÁREA manifiesta que renuncia expresamente al requerimiento para constitución en mota de

acuerdo a lo establecido en normas que rigen la materia...¹³.

De consiguiente, aceptar, como lo sugiere el recurrente, que para librar orden de apremio se valoren las documentales que respaldan la deshonra de los compromisos que le atañían al ejecutado, implicaría desconocer que en “...*los dominios del mandamiento ejecutivo estén proscritas las resoluciones declarativas de derechos; por tanto, aquí no caben discusiones probatorias o evaluación de medios de convicción distintos al título ejecutivo, el cual ha de ser tan indiscutible que de su sola presencia dimane naturalmente el mandato de solución. No es el auto que ordena el pago, por consiguiente, la coyuntura adecuada para que se determine si un contratante ha ejecutado o no determinadas prestaciones y si, en consecuencia, debe o no una cláusula penal, ni pueden las partes, con una convención entre ellas, dar al juez tal poder declarativo para el mandamiento de pago que nunca lo ha dado la ley...*”¹⁴.

Sumado a ello, tampoco es admisible que se controvierta la honra del demandante e incumplimiento prestacional del demandado, a través de las excepciones de mérito, como lo sugiere la apelante, habida cuenta que, en coherencia con lo argüido, si no es dable la ejecución autónoma de la cláusula penal compensatoria, menos aún puede afirmarse que aquellos aspectos pueden alegarse y debatirse en el decurso procesal.

5.4. Se impone como corolario de lo dicho, ratificar el proveído fustigado por las razones expuestas con antelación.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

¹³ Folio 63 del archivo 01Demanda.

¹⁴ BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. El cobro de la cláusula penal por la vía ejecutiva.

JUDICIAL DE BOGOTÁ, en SALA DE DECISIÓN CIVIL,

RESUELVE:

6.1. CONFIRMAR la providencia del 23 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad.

6.2. CONDENAR en costas a la ejecutante. **LIQUIDAR** en la forma establecida en el artículo 366 del Código General del Proceso.

6.3. DEVOLVER el expediente a su despacho judicial de origen, previas las constancias del caso. Ofíciase.

NOTIFÍQUESE,

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla

Magistrada

Sala 003 Civil

Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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: **d7ba3215d27f643acd9ac81799942d1753ce26489a0bdef728a5a2d6a6562ad3**

Documento generado en 20/10/2023 02:30:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>