

2018-00124-RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO

BRANDON STEFAN PÉREZ AZA <brandonperez@perezbrown.com.co>

Mié 18/01/2023 16:59

Para: Juzgado 65 Civil Municipal - Bogotá - Bogotá D.C. <cmpl65bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (204 KB)

2018-00124-RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO.pdf;

Señores(as)

JUZGADO SESENTA Y CINCO (65) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

E.

S.

D.

Radicado:	2018-00124
Proceso:	EJECUTIVO SINGULAR
Demandante:	PROMOTORA INMOBILIARIA R & G LTDA
Demandado:	1) JULIO MIGUEL BURREL RODRIGUEZ 2) MARIA ELENA ZULUAGA URIBE 3) AURA MARIA MOSQUERA ACOSTA 4) LUZ BIBIANA DIAZ BORDA, heredera y compañera permanente de JULIO MIGUEL BURREL RODRIGUEZ.
Asunto:	RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO

BRANDON STEFAN PÉREZ AZA, mayor de edad, residenciado y domiciliado en la ciudad de Bogotá, Colombia, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.010.209.363 de Bogotá, Colombia y con Tarjeta Profesional N°. 283997 del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, obrando en calidad de apoderado de **LUZ BIBIANA DÍAZ BORDA**, mayor de edad, domiciliada y residente en Madrid, Cundinamarca, Colombia, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 39.535.342 de Bogotá, Colombia, por medio del presente me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO** dado por auto de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2022, dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

Se adjunta memorial

--

De usted,

Best regards,

BRANDON S. PÉREZ A.

Partner -Civil & Corporate law, Intellectual Property, Anti-trust-law

www.perezbrown.com.co

Cra 15 # 88 - 21, oficina 702, Bogotá, Colombia

Tel: (+601) 7426194

Applications in Colombia, United States of America, Europe, Africa, Asia, Australia and 82 territories around the world.

Miembros de:

29/3/23, 16:24

Correo: Juzgado 65 Civil Municipal - Bogotá - Bogotá D.C. - Outlook



Este mensaje contiene información confidencial o de propiedad de PérezBrown. Si usted no es el destinatario autorizado, por favor notifique de forma inmediata al emisor, borre y destruya este mensaje, junto con la información adjunta. Cualquier divulgación, distribución, copia o uso no autorizado podrá ser considerado ilegal. / This communication contains confidential or proprietary information of PérezBrown. If you are not the intended recipient, please notify the sender immediately by return e-mail and delete and destroy the message and its attachments, if any. Please note that any dissemination, distribution, reproduction or non authorized use of the information contained herein are strictly prohibited and may be unlawful.

Señores(as)

JUZGADO SESENTA Y CINCO (65) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

E.

S.

D.

Radicado:	2018-00124
Proceso:	EJECUTIVO SINGULAR
Demandante:	PROMOTORA INMOBILIARIA R & G LTDA
Demandado:	1) JULIO MIGUEL BURREL RODRIGUEZ 2) MARIA ELENA ZULUAGA URIBE 3) AURA MARIA MOSQUERA ACOSTA 4) LUZ BIBIANA DIAZ BORDA, heredera y compañera permanente de JULIO MIGUEL BURREL RODRIGUEZ.
Asunto:	RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO

BRANDON STEFAN PÉREZ AZA, mayor de edad, residenciado y domiciliado en la ciudad de Bogotá, Colombia, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.010.209.363 de Bogotá, Colombia y con Tarjeta Profesional N°. 283997 del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, obrando en calidad de apoderado de **LUZ BIBIANA DÍAZ BORDA**, mayor de edad, domiciliada y residenciada en Madrid, Cundinamarca, Colombia, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 39.535.342 de Bogotá, Colombia, por medio del presente me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO** dado por auto de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2022, dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

I. ACLARACIÓN PRELIMINAR Y OPORTUNIDAD

De la demanda, su subsanación, el título objeto de ejecución, sus anexos y del auto que libró mandamiento de pago de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2022, se surtió notificación personal a este apoderado el día viernes trece (13) de enero de 2023 de forma presencial en las oficinas de su Despacho.

De acuerdo con lo establecido en el C.G.P., el término de tres días para interponer recurso de reposición contra el auto que libró mandamiento de pago vence el día dieciocho (18) de enero de 2023, estando este recurso dentro del término legal para su interposición.

En vista de que este apoderado ni mi cliente LUZ BIBIANA DIAZ BORDA habían tenido acceso al expediente en ningún momento por ningún medio, pues LUZ BIBIANA DIAZ BORDA no era parte del proceso hasta que se libró mandamiento de pago mediante auto de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2022 notificado por estado del once (11) de enero de 2023, este apoderado solicitó a su Despacho acceso al expediente mediante correo electrónico el día doce (12) de enero de 2023, sin recibir respuesta.

En vista de lo anterior, me comuniqué por teléfono con su Despacho solicitando acceso al expediente, frente a lo cual indicaron que me debía notificar personalmente de la demanda porque el expediente estaba en físico. Así las cosas, la notificación personal del mandamiento de pago, el traslado de la demanda y su subsanación se surtieron el día trece (13) de enero de 2023.

Sobre el particular debo aclarar señor(a) Juez que, al momento de subsanar la demanda, la apodera de la demandante tampoco remitió copia de la misma ni de sus anexos a este apoderado pese a que tenía el correo electrónico por cuenta de la nulidad de todo el proceso que se decretó, incumpliendo los deberes profesionales

establecidos en los artículos 78 del C.G.P y 3 de la Ley 2213 de 2022, los cuales señalan:

(...) “**Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados.** Son deberes de las partes y sus apoderados:

14. Enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso. Se exceptúa la petición de medidas cautelares. Este deber se cumplirá a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial. El incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte afectada podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv) por cada infracción” (...)

A su vez, la Ley 2213 de 2022 en su artículo 3 establece:

(...) “**ARTÍCULO 3 DE LA LEY 2213 DE 2022. DEBERES DE LOS SUJETOS PROCESALES EN RELACIÓN CON LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.** Es deber de los sujetos procesales, realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos. Para el efecto deberán suministrar a la autoridad judicial competente, y a todos los demás sujetos procesales, los canales digitales elegidos para los fines del proceso o trámite y enviar a través de estos un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones que realicen, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial” (...)

La anterior aclaración se hace con el fin de que el señor(a) Juez no incurra en yerros al momento de tramitar este recurso.

II. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

1. INEXIGIBILIDAD POR LA VÍA EJECUTIVA DE LA CLÁUSULA PENAL CONTENIDA EN EL TÍTULO OBJETO DE EJECUCIÓN

Señala el artículo 1594 del Código Civil:

(...) “**ARTICULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>.** 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” (...)

Siguiendo la norma señalada, la cláusula penal, entre otras, tiene por regla general la función indemnizatoria, esto es, la de evaluar de forma anticipada los perjuicios que se puedan dar por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de alguna de las partes en el marco de un contrato. Sobre la función indemnizatoria de la cláusula penal es importante precisar que a la luz del artículo 1594 del código civil solo se

puede demandar la pena o la obligación principal, pues dentro de la pena se entiende incorporada esta última.

A su vez, la cláusula penal puede ser de apremio, esto es, que por expreso pacto de las partes se pueda demandar la pena y la obligación principal.

Siguiendo lo anterior, el título objeto de ejecución (contrato de arrendamiento), contienen la siguiente cláusula penal:

(...) **“DÉCIMA OCTAVA - CLÁUSULA PENAL:** En el evento de incumplimiento de cualquiera de las partes a las obligaciones a su cargo contenidas en la ley o en este contrato, la parte incumplida deberá pagar a la otra parte una suma equivalente a tres (03) cánones de arrendamiento y administración vigentes en la fecha de incumplimiento, a título de pena. En el evento que los perjuicios ocasionados por la parte incumplida, excedan el valor de la suma aquí prevista como pena, la parte incumplida deberá pagar a la otra parte la diferencia entre el valor total de los perjuicios y el valor de la pena prevista en esta cláusula. Este contrato será prueba suficiente para el cobro de esta pena.” (...)

En el presente asunto se observa que la cláusula penal contenida en el contrato objeto de ejecución se trata de una cláusula penal con función indemnizatoria, pues de su lectura se deriva que el objetivo al momento de pactarla era una tasación anticipada de perjuicios en caso de incumplimiento, los cuales en el evento de ser superiores a los allí pactados deberán ser cubiertos con base en la diferencia entre los perjuicios causados y los estimados en la cláusula por un monto de tres (3) cánones de arrendamiento.

Además, se observa que las partes no pactaron expresamente la exigibilidad de la pena y de la obligación principal, esto es, excluyeron expresamente la función de apremio que permite cobrar simultáneamente la obligación principal y la pena.

No puede interpretarse ni siquiera que, el retardo en el pago de un canon de arrendamiento constituye incumplimiento, porque en materia de obligaciones y contratos, el retardo en el cumplimiento de las prestaciones contractuales no es equivalente a mora, sino que la mora se configura una vez el deudor es constituido en mora, máxime si este falleció y era imposible notificarle la mora, siendo procedente la constitución en mora de los herederos del deudor.

Sobre la causación de la pena señala el artículo 1595 del código civil lo siguiente:

(...) **“ARTICULO 1595. <CAUSACION DE LA PENA>.** Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse” (...)

En el presente asunto se observa que, para la fecha del aparente incumplimiento (octubre, noviembre y diciembre de 2017), el “deudor” JULIO MIGUEL BURREL RODRIGUEZ había fallecido un año atrás (16 de octubre de 2016 según registro civil de defunción), motivo por el cual devenía en imposible constituirle en mora dada su inexistencia como persona de acuerdo con el código civil, siendo necesario haber requerido a los herederos de este para el pago de lo aparentemente adeudado, previa exigibilidad de la pena por mora.

Ahora bien, en el presente asunto se interpuso demanda ejecutiva contra el fallecido aduciendo que éste estaba enterado de la mora, aseveración contraria a la realidad y a derecho y que de ningún modo da lugar a la exigibilidad de la pena por mora, pues el artículo 423 del Código General del Proceso es diáfano al aclarar que solo la notificación del mandamiento de pago constituye en mora al deudor, o a sus herederos en caso de fallecimiento del deudor, en armonía con lo señalado en el artículo 87 de la misma codificación.

(...) **“Artículo 423. Requerimiento para constituir en mora y notificación de la cesión del crédito:** La notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor, y de la notificación de la cesión del crédito cuando quien demande sea un cesionario. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación” (...)

(...) **“Artículo 87. Demanda contra herederos determinados e indeterminados, demás administradores de la herencia y el cónyuge:** Cuando se pretenda demandar en proceso declarativo o de ejecución a los herederos de una persona cuyo proceso de sucesión no se haya iniciado y cuyos nombres se ignoren, la demanda deberá dirigirse indeterminadamente contra todos los que tengan dicha calidad, y el auto admisorio ordenará emplazarlos en la forma y para los fines previstos en este código. Si se conoce a alguno de los herederos, la demanda se dirigirá contra estos y los indeterminados.

La demanda podrá formularse contra quienes figuren como herederos abintestato o testamentarios, aun cuando no hayan aceptado la herencia. En este caso, si los demandados o ejecutados a quienes se les hubiere notificado personalmente el auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo, no manifiestan su repudio de la herencia en el término para contestar la demanda, o para proponer excepciones en el proceso ejecutivo, se considerará que para efectos procesales la aceptan.

Cuando haya proceso de sucesión, el demandante, en proceso declarativo o ejecutivo, deberá dirigir la demanda contra los herederos reconocidos en aquel, los demás conocidos y los indeterminados, o solo contra estos si no existieren aquellos, contra el albacea con tenencia de bienes o el administrador de la herencia yacente, si fuere el caso, y contra el cónyuge si se trata de bienes o deudas sociales.

En los procesos de ejecución, cuando se demande solo a herederos indeterminados el juez designará un administrador provisional de bienes de la herencia.

Esta disposición se aplica también en los procesos de investigación de paternidad o de maternidad” (...)

Claro lo anterior, la exigibilidad de la pena solo podría darse una vez transcurrido el término de cinco (5) días establecido para pagar la obligación pendiente, de acuerdo con lo dispuesto en el auto de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2022 y a lo previsto en el artículo 431 del C.G.P., término de pago que se suspende con la presentación de este recurso de acuerdo con lo señalado en el Código General del Proceso.

Y es que aún, si en gracia de discusión se acepta que sí hubo constitución en mora, la exigibilidad de la pena debió ser resorte de un proceso declarativo bajo un juicio de reproche de responsabilidad civil contractual contra los herederos de JULIO MIGUE BURREL RODRIGUEZ y no de un proceso ejecutivo, pues el “no pago” no obedeció al elemento subjetivo de culpa o dolo de JULIO MIGUEL BURREL sino a su fallecimiento, circunstancia imprevisible para el momento de celebración del contrato y para el momento de su ejecución, que constituye sin lugar a dudas un eximente de responsabilidad contractual.

Sobre este punto es certero el código civil al señalar:

(...) **“ARTICULO 1616. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACION DE PERJUICIOS>**. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios” (...)

Claro lo anterior, el mandamiento de pago está llamando a ser revocado en cuanto a la cláusula penal cuyo pago se solicitó por vía de la acción ejecutiva.

2. INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

En vista de que las excepciones previas se deben proponer para los procesos ejecutivo por vía del recurso de reposición, existe indebida acumulación de pretensiones en el presente asunto por cuanto no se podía demandar las obligaciones principales junto con la cláusula penal.

3. FALTA DE CLARIDAD DE LAS OBLIGACIONES DEL MES DE DICIEMBRE DE 2017

Llama la atención el hecho de que se demanda el canon de arrendamiento del mes de diciembre de 2017 de forma proporcional, pero sí se demanda en su totalidad la administración del mes de diciembre de 2017, así como tampoco se demanda el IVA de este mes.

Si no se demanda el IVA del mes de diciembre de 2017 es porque este fue pagado y no por la demandante sino por el demandado. Además, no hay lugar al pago de la totalidad de la administración del mes diciembre si se asevera que el mes de diciembre solo se disfrutó proporcionalmente, proporcionalidad que no es clara a fin de determinar hasta cuando se deben cobrar las obligaciones de este periodo.

Dicho lo anterior, no existe claridad del título en cuanto a este punto.

4. INEXISTENCIA DE SUBROGACIÓN EN EL PAGO - INEXISTENCIA TÍTULO COMPLEJO

En el presente asunto se demanda aparentemente obligaciones subrogadas por concepto de administración e IVA, sin embargo, no obra en el expediente prueba alguna del pago de la administración por parte de la ejecutante, más que una relación de los pagos por concepto de administración que certificó la administración del lugar en donde se encuentra el inmueble, por lo anterior, quedó indebidamente integrado el título complejo, pues no es claro que el demandante haya hecho tales pagos

pudiendo haberlos hechos el demandado, y por lo tanto, no es exigible la subrogación que demanda por vía ejecutiva en el presente.

III. PETICIONES

Con fundamento en lo expuesto, sírvase señor(a) Juez revocar el auto de fecha diecinueve de diciembre de 2022, por medio del cual se libró mandamiento de pago.

IV. NOTIFICACIONES

Demandante y apoderado

En las direcciones y correos suministrados en la demanda.

Demandado y apoderado

La parte demandada y el suscrito apoderado recibirán notificaciones en la Carrera 15 # 88 - 21 Oficina 702, en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia.

En la dirección de correo electrónico brandonperez@perezbrown.com.co

En el teléfono fijo (+57) 7426194 y en la línea celular para Colombia (+57) 3105530707.

De usted,



BRANDON STEFAN PÉREZ AZA
C.C. N°. 1.010.209.363 de Bogotá, Colombia
T.P. 283.997 del Consejo Superior de la Judicatura