



JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO
j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., 29 de julio de 2022

Rad. 2021-0407

Procede el juzgado a resolver el recurso de reposición y sobre la concesión del subsidiario de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto de 25 de noviembre de 2021, mediante el cual se negó la orden de apremio por concepto de cláusula penal.

RAZONES DE INCONFORMIDAD

En lo fundamental, señala el apoderado actor que el contrato de suministro de energía térmica GNS-SE-56-2014, es un título que presta mérito ejecutivo a la luz del artículo 422 del C. G. del P, al contener una obligación clara, expresa, exigible y además ser plena prueba en contra del demandado, atendiendo la estipulación No. 33, pues allí se estableció la cláusula penal objeto de recaudo, a título de sanción por el incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes, lo que fue reconocido por los contratantes, conforme se extrae de la estipulación 31 del citado contrato.

Que tal suma es producto de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, ajustándose a las previsiones del artículo 867 del C. Co., configurando plena prueba contra el demandado, sin requisito de requerimiento previo.

No obstante ello, señaló que su defendida agotó el requerimiento una vez se dio aviso de la terminación del contrato, donde se puso de presente al ejecutado los conceptos adeudados y las consecuencias contractuales que se podían generar de no subsanarse dicho incumplimiento.

CONSIDERACIONES

1. Preciso es memorar que, el recurso de reposición tiene como finalidad, bien, la revocatoria de la decisión adoptada por el juez o magistrado sustanciador ora su modificación. Así lo establece el artículo 318 del C. G del P. al erigir que: “[s] alvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen”.

2. En orden a decidir es preciso señalar que para librar mandamiento de pago, además de la demanda en forma, se requiere tan solo de un título que preste mérito ejecutivo, lo que a voces del artículo 422 del C. G. del P., es el documento que contiene una obligación clara, expresa y exigible, que proviene del deudor o de su causante y constituye plena prueba contra él.

Como puede observarse, dicho canon envuelve los elementos que debe contener una obligación para devenir exigible a través del proceso ejecutivo, a saber:

La claridad: que apunta a que la obligación contenga sus elementos esenciales, de acreedor, deudor, vínculo jurídico y prestación, sea de dar, hacer, o no hacer, de modo patente, es decir, que la obligación no genere duda alguna. *Contrario sensu*, aquella

obligación oscura, ambigua o dudosa carecerá de mérito para ser reclamada ejecutivamente.

En opinión de Parra Quijano *“La obligación no es clara cuando haya de hacerse explicaciones, deducciones o cualquier otro tipo de rodeos mentales para explicar que es lo que virtualmente contiene”*¹.

La expresividad: que refiere a la obligación que está plasmada en el título ejecutivo. El marco que rige su cumplimiento.

La exigibilidad: que consiste en la habilitación del acreedor para reclamar su derecho de inmediato, bien sea al nacimiento de la obligación (si es pura y simple), al vencimiento del plazo o al cumplimiento de la condición. Con otras palabras, es el momento a partir del cual el acreedor pone en solución de pago a su deudor.

Que conste en documentos que provengan del deudor, bien sea uno (singular), o varios (complejo), de los cuales se deduce el contenido de la obligación.

2.2. En este caso, se tiene que se aporta como báculo de recaudo el pagaré bajo No. GNS-SE-56-2014 y el contrato de suministro de energía térmica GNS-SE-56-2014, donde en su cláusula 33 se pactó lo siguiente:

“33. CLÁUSULA PENAL. Se estima -a título sancionatorio y no como cuantificación anticipada los perjuicios- por el incumplimiento del presente contrato, una pena igual al valor del cargo fijo multiplicado por el número de meses que le falte en el contrato para darse por terminado.

¹ PARRA QUIJANO, Jairo. “Derecho Procesal Civil”, Parte Especial, Bogotá 1995, Ediciones Librería el profesional, pág. 265.

La cláusula penal procederá cuando se presente incumplimiento de GNS o de EL CLIENTE, que haga imposible la ejecución del presente contrato o más gravoso su cumplimiento para la parte cumplida. La parte cumplida deberá requerir por escrito a la otra parte para que dé cumplimiento a la obligación respectiva y, si la parte cumplida dentro de los diez (10) días calendario siguientes al recibo de la comunicación, no subsana el incumplimiento, la parte cumplida podrá exigir el pago en la cláusula penal, el cual se entenderá como pago a título sancionatorio, sin perjuicio de la exigencia de la obligación principal.

Parágrafo. El valor de los pagos en mora, sus intereses y la pena se podrán tomar de la garantía establecida en este contrato, en caso de que haya sido constituida por el cliente y, el saldo se cobrará por vía ejecutiva, para lo cual se considera que el presente contrato presta mérito ejecutivo” (subrayado y negrita del despacho).

De lo anterior queda claro que es necesaria la declaración de incumplimiento para ejecutar la cláusula penal, dado que así se desprende del mismo contrato, lo cual solo puede establecer por un Juez de la República previo procedimiento concentrado -verbal-, que como se indicó no se encuentra acreditado.

2.3. Admitir la tesis planteada por el recurrente, llevaría a pasar por alto precisamente el principio de *Pacta Sunt Servanda* y, de contera, en menoscabo del derecho de defensa y contradicción de la parte convocada a este compulsivo, para determinar en el mandamiento de pago una condena sin valorar prueba alguna frente el abandono de las prestaciones debidas del contrato antes citado y el cumplimiento de quien lo reclama.

2.4. Apartándose esta jueza del criterio expuesto por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en jurisprudencia citada en escrito objeto de pronunciamiento, el incumplimiento y, por consiguiente, la indemnización pedida, solo se debe ante el abandono probado, valorado y decretado por el juez ordinario.

Obsérvese como en ese sentido el mismo artículo 867 del C. Co refiere:

“Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

Es razonable, entonces, atender la estipulación contractual, sin llegar desdibujar bajo reglas hermenéuticas el querer de las partes, ya que acorde a lo previsto en la estipulación y la misma regla sustancial, es determinante, insístase, el incumplimiento para abrirse paso a la cláusula penal, de ahí que no se satisfaga las previsiones contenidas en el artículo 422 del C. G. del P. y el auto opugnado se mantenga indemne.

3 Atendiendo que se promueve de manera subsidiaria el recurso de apelación, se CONCEDE el mismo en el efecto SUSPENSIVO, de conformidad con los artículos 438 del C. G. P.

En consecuencia, en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación por estado de esta providencia, la parte demandante

proceda a sustente el recurso, conforme lo establecido en el numeral 3º del artículo 322 del C. G. del P.

Efectuada la sustentación y teniendo en cuenta que no se encuentra integrado el legítimo contradictor, REMÍTASE el expediente al superior.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto de 25 de noviembre de 2021.

SEGUNDO: CONCEDER, el recurso de apelación en el efecto SUSPENSIVO, de conformidad con los artículos 438 del C. G. P.

OTORGAR el término de tres (3) días contados a partir de la notificación por estado de esta providencia, para que la parte demandante sustente el recurso de apelación, conforme lo establecido en el numeral 3º del artículo 322 del C.G. del P.

Efectuada la sustentación, y teniendo en cuenta que no se encuentra integrado el legítimo contradictor, REMÍTASE el expediente al superior.

NOTIFÍQUESE


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza

NOTIFICACIÓN POR ESTADO:

La providencia anterior es notificada por anotación en estado No. 080, del 1 de agosto de 2022.


MÓNICA TATIANA FONSECA ARDILA
Secretaria

Mo.