



PROCESO EJECUTIVO

Radicación: 08- 001- 31- 53- 014- **2020- 00111- 00**

Señor Juez, paso a su despacho el proceso ejecutivo de la referencia, informándole que el apoderado judicial de la parte demandada formuló recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto de mandamiento de pago, del que ya se surtió de manera directa su traslado y se encuentra pendiente por resolver. Sírvase proveer.

Barranquilla, 23 de octubre del 2020.

BETTY CASTILLO CHING.
SECRETARIA.

JUZGADO CATORCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA. Barranquilla, veintitrés (23) de noviembre del dos mil veinte (2020).

ANTECEDENTES.

1. Por auto del 08 de septiembre de la anualidad que avanza, fue librada la orden de pago que solicitó el demandante, donde se le ordenó al demandado a pagar las suma de \$ 550.000.000, por concepto de anticipo adeudado; la suma de \$ 460.000.000, por cláusula penal, y los intereses moratorios causados.

2. No estando conforme con la anterior decisión, más concretamente al pago de la cláusula penal, el apoderado judicial del demandado formuló en su contra los recursos de reposición y en subsidio el de apelación. Como sustento de su inconformidad adujo, en síntesis, referente a la cláusula penal: *"...la ley sustancial, que prima sobre la procesal, claramente establece que la pena es una obligación condicionada al hecho futuro e incierto del incumplimiento y que, por tanto, resulta necesario probar dicha condición para hacerla exigible, dispuesto en el artículo 1542 del C.C., que dispone que "no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente"; en el artículo 1592 del mismo código, que establece que la pena se hace exigible cuando el deudor "no ejecuta o retarda la obligación principal"; y en el artículo 427 del C.G.P., que prescribe que para hacer exigible ejecutivamente una obligación condicional debe allegarse con la demanda "la prueba del cumplimiento de la condición". Sobre el particular, Ospina Fernández explica: "Surge también esta característica de la propia definición legal que subordina el pago de la pena al incumplimiento o al retardo de la obligación principal (art. 1592). Trátase, por tanto, de una condición, ya que, al tiempo de pactarse la cláusula penal, no se sabe si el deudor habrá de cumplir o no esa obligación principal en la forma y tiempo debidos (art. 1530)..."*. De igual forma manifestó, que existía una cláusula compromisoria que obligaba a las partes a acudir a un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias que surgieran entre estos con ocasión al contrato celebrado, y que por ello no podía darse inicio a un juicio ejecutivo. Finalmente invocó la teoría de la imprevisión.

3. Por su parte, el extremo activo de la litis, al descorrer el traslado de los recursos, se opuso a su prosperidad, cuestionando en primer lugar el derecho de postulación que le asiste a la abogada que representa al demandado y la procedencia del recurso de apelación contra el mandamiento de pago. En punto a la cláusula penal indicó, *"...omite el demandado que el artículo 427 del Código General del Proceso expresamente prevé la posibilidad de demandar ejecutivamente aquellas obligaciones sujetas a una condición, demostrando el*

incumplimiento mediante documento privado que provenga del deudor... Así, basta con examinar el documento privado que acompaña al presente proceso, el cual no ha sido controvertido por esta, para denotar que el demandado incumplió su obligación..."; respecto a la cláusula compromisoria manifestó, que dicha argumentación caía al vacío, "...toda vez que la cláusula compromisoria solo obliga a las partes TIERRA SANTA S. A. S. y ASCENSORES ASZENDER S. A. S..."; finalmente, en lo referente a la fuerza mayor o caso fortuito sostuvo, "...La fuerza mayor no ataca el carácter ejecutivo del título que lo contiene y por tanto no tiene la capacidad de enervar el mandamiento de pago, válidamente emitido por el despacho...".

CONSIDERACIONES.

El recurso horizontal de reposición, tiene por objeto que el Juez que emitió una decisión, la reexamine con el fin de volver sobre el tema que aduce el impugnante, a fin de que la actuación sea revocada o modificada ante los posibles yerros de que ésta pueda adolecer.

En el presente asunto se cuestiona por vía del recurso de reposición la determinación adoptada por el Despacho, mediante la cual se libró orden de pago en contra del demandado, censura que ad initio se advierte impróspera, conforme a los argumentos que seguidamente se exponen.

Antes de proceder con el estudio de los argumentos del recurso, se estima necesario hacer unas precisiones en lo que se refiere al poder otorgado por a la abogada que promovió el recurso sub examine.

ESTUDIO Y ESTADO ACTUAL DEL PODER CONFERIDO POR EL DEMANDADO.

Conforme a la revisión que se practicó al expediente, se logró constar que el extremo pasivo de la litis, acudió a este proceso a través de apoderado judicial, quien vía correo electrónico del 16 de septiembre, con hora de ingreso al buzón de las 13: 43, nos remitió el poder que le fue conferido, al igual que la cámara de comercio de Tierra Santa S.A.S., y una solicitud de notificación personal de la orden de pago.

Atendiendo la petición de notificación que rogó el demandado, este despacho el día 17 de septiembre, agotó dicho acto procesal, y procedió a remitir por correo electrónico, la constancia de notificación, y la copia de la demanda y sus anexos.

De igual forma se advirtió, sobre la existencia de un correo electrónico de fecha 18 de septiembre, con hora de ingreso a la bandeja, de las 15: 33, por el cual la apoderada del demandado, renunciaba al poder que le había sido conferido. El día 22 de septiembre, a las 15: 50, se recibe un correo proveniente del demandado, donde se radica un nuevo poder, cámara de comercio del demandado, y un recurso de reposición contra el mandamiento de pago, el mismo que volvió a ser remitido el 06 de octubre, pero esta vez desde el correo oficial de la sociedad demandada.

De esta breve reseña procesal, se desprende, i) que la notificación del demandado se cumplió el día 17 de septiembre de los corrientes, fecha a partir de la cual se contabilizan los términos de ejecutoria del auto de mandamiento y del traslado de la demanda; ii) que la renuncia al poder que realizó la doctora Diana Barrera, no le pone termino al poder que se le confirió, pues aquella no

acreditó haberle remitido comunicación a su poderdante en tal sentido, tal como lo exige el inciso 4 del artículo 76 del C.G.P., y por tanto el mandato se mantenía vigente; iii) como quiera que el demandado confirió un nuevo poder, es claro que el conferido inicialmente se entiende terminado, esto, a la luz del inciso 1 del artículo 76 ibidem. De este nuevo poder se destaca, que fue remitido desde el correo electrónico personal de la representante legal de la sociedad demandada, anomalía que fue enmendada con la nueva presentación que se hizo el 06 de octubre, donde se denota que el origen de remisión es la cuenta oficial del demandado tierrasantaltda@hotmail.com.

En este orden de ideas, es latente que al conferirse poder por parte del demandado, se incurrió en unos errores, que al ser enmendados deja en claro que el derecho de postulación le asiste a la doctora Esther Molinares en representación de Tierra Santa S.A.S.. Aquí es importante destacar, que por sobre todo, debe garantizarse el acceso a la justicia que le asiste a las partes, y tener muy presente que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Siento esto así, este Despacho estima que los actos procesales adelantados por la referida profesional del derecho, tienen validez, y al ser presentados oportunamente serán objeto de estudio.

1.- DEL ESTUDIO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN.

1.1- DE LA CLÁUSULA PENAL.

Lo primero por decir, es que no existe ningún reproche en cuanto a la orden de pago contenida en el numeral 1 de la decisión cuestionada, esto es, del pago de la suma de \$550.000.000 que corresponde al valor del anticipo adeudado por Tierra Santa S.A.S., en virtud de los contratos de fecha 4, 11 y 18 de mayo de 2020, por lo cual, no se ahondará en su estudio.

En lo que atañe a la cláusula penal, que en realidad es donde radica la inconformidad del recurrente, hay que decidir, que el demandante para el momento de la presentación de la demanda aportó sendas documentales privadas que provienen de Tierra Santa S.A.S., quedan cuenta del incumplimiento en que incurrió respecto a los contratos que celebró para con el actor.

Entre estos tenemos, misiva del 09 de junio del 2020, donde expresamente se reconoce por parte de Tierra Santa, estar en mora en la devolución de un saldo por concepto de anticipo de dos de los tres contratos celebrados, y el pago de lo adeudado por concepto de cláusula penal (folio 40).

Posición que es reiterada en carta del 18 de junio del 2020, donde sale a relucir el compromiso que se hace la sociedad Tierra Santa, de devolver la totalidad de los anticipos recibidos y el pago de la cláusula penal pactada (folio 46).

Las referidas piezas procesales no han sido objeto de impugnación por vía de la tacha de falsedad o desconocimiento de los mismos, de suerte que, se mantiene intacta la presunción de autenticidad que sobre estos reina. Estas documentales son prueba suficiente para acreditar el cumplimiento de la condición a la que

fue sometida la cláusula penal, que no es otra cosa, que el incumplimiento de las obligaciones contractuales, en este caso atribuible al deudor.

Lo anterior sin duda, encaja perfectamente en el supuesto de hecho que nos trae el artículo 427 del C.G.P., norma que fija, "...De la misma manera deberá acreditarse el cumplimiento de la condición suspensiva cuando la obligación estuviere sometida a ella...", y esto podrá hacerse, según la misma norma, por intermedio de "...el documento privado que provenga del deudor, el documento público, la inspección o la confesión judicial extraprocésal, o la sentencia que pruebe la contravención..." (Negritas y subrayado propios). Nótese entonces, como la ley procesal permite acreditar el incumplimiento del deudor a través de los diferentes medios de pruebas, incluso con la sentencia, sin exigir que dicho incumplimiento deba ser previamente declarado.

Con este panorama es claro, que el acreedor en este asunto cumplió con el deber que le exige la norma en cita para la prosperidad del cobro de la cláusula penal, por tanto, la orden de pago librada por este concepto se mantendrá incólume.

Aunado a lo anterior, debe tenerse muy presente la forma en que fue pactada la pena, que se recuerda, fue en los siguientes términos, "...En caso de incumplimiento por parte del CONTRATISTA o EL CONTRATANTE , pagará a la otra parte que ha cumplido o se ha allanado a cumplir, a título de sanción, el 10% del valor del contrato, sin que esto conlleve a entender extinguida la obligación principal ni la posibilidad de solicitar y acreditar perjuicios, la cual puede ser exigida sin necesidad de requerimiento judicial ni extrajudicial alguno y sin perjuicio de la exigibilidad de la garantía por incumplimiento del contrato o las multas adicionales a que haya lugar, lo que no priva a que cualquiera de las partes pretenda el cobro de los perjuicios que en tal evento se causaren...", (Negritas y subrayado fuera del texto original).

Estos términos contractuales, consolidan la excepción que consagra el artículo 1594 del Código Civil, que es, "...que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal...", y que le permiten al acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena.

Por estas breves razones se estima, que no existe motivo contractual o legal que conduzca a la revocatoria de la decisión censurada.

DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.

Arguye el deudor, a título de excepción previa, haberse pactado una cláusula compromisoria en los contratos báculos de la ejecución que obliga a las partes a acudir a un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias que surjan entre estos con ocasión al contrato celebrado, razón por la cual pide la terminación de este asunto.

Se trata pues, de la excepción previa contemplada en el numeral 2 del artículo 100 del C.G.P., la que a consideración del maestro Hernán Fabio López, no puede ser alegada, "...debido a que si en un contrato se ha pactado la cláusula compromisoria pero existe motivo que permite acudir a la justicia civil a través de un proceso de ejecución, la cláusula compromisoria es ineficaz, de la misma

*manera que los sería el compromiso, porque los árbitros carecen de facultad para adelantar procesos ejecutivos..."*¹.

Asumiendo una posición diferente, el profesor Ramiro Bejarano, sostiene que el ejecutado puede invocar todas las causales de excepción previa, sin excepción, para lo cual sostiene, "...los árbitros sí tienen facultad para conocer inclusive de procesos ejecutivos, solo que no pueden hacerlo aun porque las formas procesales no han previsto un trámite para ellos..."², conclusión que la apoya en la sentencia C- 294 del 6 de julio de 1995.

Este despacho es de la postura, de ser válido para un deudor alegar la excepción de cláusula compromisoria, no obstante, se aclara, este tipo de cláusulas no restringe a las partes de un contrato para que puedan acudir a la jurisdicción ordinaria en busca de la ejecución forzada de las prestaciones que reúnan los requisitos del artículo 422 del C.G.P., y esto obedece a razones tales como, a la fecha, no se pueden promover procesos ejecutivos arbitrales, como quiera que no se prevé un trámite para esos debates; que la discusión que se suscita dentro del ejecutivo no radica en diferencias de tipo contractual, sino, a una falta de solución del crédito, escenario que escapa de la órbita de competencia del Tribunal Arbitral, quien no puede decretar y practicar medidas cautelares, así como tampoco seguir adelante con la ejecución; pero por sobre todo, y como mayor obstáculo, tenemos la corta duración del proceso arbitral (art. 10 de la ley 1563 de 2012), que contraria la intemporalidad de las ejecuciones, pues recuérdese, el juicio ejecutivo no termina con sentencia, esto sólo ocurre con el pago.

Dicho esto, resulta inane entrar en el análisis de los argumentos que expone el demandado, pues de haberse pactado tal compromiso, lo cierto es que, en nada altera el desarrollo de este proceso.

Lo que si se estima necesario, es hacer un llamado al apoderado del demandado, a cumplir con los deberes que fija el artículo 78 del C.G.P., pues no se logra entender cómo se alega esta excepción siendo que en los títulos ejecutivos -contratos-, se pactó como forma de solucionar las controversias: "...Cualquier controversia relacionada con este contrato se intentarán solucionar de la siguiente manera: En primera instancia, por la vía del arreglo directo, cuyo término no será superior a 30 días calendario. En caso de no lograrlo, serán libres de acudir ante la justicia ordinaria de la República de Colombia u otro Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos...", y hoy se invoca un clausulado distinto, del que se desconoce su origen y autoría.

DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Los argumentos en los que soporta la teoría de la imprevisión el demandado, no pueden ser objeto de estudio en esta instancia procesal, pues memorase, el recurso de reposición que se plantea frente al mandamiento de pago sólo está previsto para ventilar temas tales como, las excepciones previas, los requisitos formales del título ejecutivo y el beneficio de excusión, con el agregado, que la acreditación de la imprevisión que se alega, corre por cuenta del demandado,

¹ Código General del Proceso, Parte Especial, Autor Hernán Fabio López, Editorial Dupres, edición 2017, pág. 577.

² Procesos Declarativos, ejecutivos y Arbitrales, quinta Edición, Ramiro Bejarano Guzmán, editorial Temis, pág. 547.

quien vía recurso de reposición no puede hacer valer las pruebas con las que cuente, ni mucho menos solicitar pruebas.

En este orden de ideas, el despacho se abstiene de ahondar en el estudio de esta temática, que bien puede abordado, de plantearse en la oportunidad procesal debida.

Corolario de los breves argumentos que anteceden, se tiene que la providencia censurada se ajusta a derecho, y por ello el auto recurrido debe mantenerse incólume. En lo que respecta al recurso de apelación solicitado en subsidio, este será denegado, en virtud a que por expreso mandato del artículo 438 del C.G.P., el mandamiento de pago no es apelable.

En mérito de lo así expuesto, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Barranquilla,

RESUELVE

1. NO REPONER el auto proferido el pasado de 08 de septiembre del 2020, por este Despacho, por lo anotado en precedencia.
2. Negar el recurso de apelación que fue solicitado en subsidio, conforme a los anteriormente expuesto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GUSTAVO ADOLFO HELD MOLINA
JUEZ

**JUZGADO CATORCE CIVIL DEL CIRCUITO DE
BARRANQUILLA**

Barranquilla, **24 DE NOVIEMBRE DEL 2020**

El presente auto se notifica por estado No. **073**

BETTY CASTILLO CHING
Secretaría