

A Despacho para proveer el **recurso de apelación** que interpuso en forma subsidiaria al de **reposición** la apoderada judicial de la demandante **AQUATECH SAS** contra el auto interlocutorio No. 1355 de fecha **abril 7 de 2022** mediante el cual se niega el mandamiento ejecutivo, procedente del **JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE CALI**. Santiago de Cali, 27 de julio de 2022.

MARÍA DEL CARMEN QUINTERO CÁRDENAS
SECRETARIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

Auto Interlocutorio no.361 (segunda instancia)
JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Santiago de Cali, veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022)

RAD- 760014003029-2022-00249-01

Procede el despacho a resolver el **recurso subsidiario de apelación** interpuso la apoderada judicial de la demandante contra el auto interlocutorio **No. 1355** de **abril 7 de 2022** del **JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE CALI** y mediante el cual niega mandamiento ejecutivo en la demanda **EJECUTIVA POR OBLIGACION DE HACER** adelantada por **AQUA TECH S.A.S.**, contra **BETTY JASSIVA ESCHEBACH**.

I.ANTECEDENTES

La entidad **AQUA TECH S.A.S.**, instaura demanda **EJECUTIVA POR OBLIGACIÓN DE HACER** contra **BETTY JASSIVA ESCHEBACH**, mediante la cual pretende, que la demandada **BETTY JASSIVA ESCHEBACH** proceda a otorgar y suscribir la Escritura Pública protocolaria del **contrato de CESIÓN O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS** a favor de **AQUA TECH SAS**, respecto del inmueble ubicado en la Carrera 14 No. 3-64 con matrícula inmobiliaria 370-114945 de la actual nomenclatura urbana del municipio de Cali, además el pago de la cláusula penal.

Auto objeto de apelación

Mediante auto de fecha **abril 7 de 2022**, el juez A quo resuelve negar el mandamiento ejecutivo.

En síntesis, consideró el juez A quo lo siguiente:

“Efectuada la revisión de la presente demanda por obligación de hacer, propuesta por la sociedad AQUA TECH S A S, por intermedio de apoderada judicial, contra la ciudadana BETTY JASSIVA ESCHEBACH, observa el despacho que tratándose de una obligación de suscribir un documento (escritura Pública protocolaria del contrato de CESION O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS a favor de AQUA TECH SAS, respecto al inmueble ubicado en la Carrera 14 No. 3-64 con matrícula inmobiliaria 370-114945 de la actual nomenclatura urbana del municipio de Cali), no se acredita por parte de la entidad demandante el cumplimiento de lo pactado en la cláusula sexta.

Aunado a lo anterior no se da cabal cumplimiento al artículo 434 del C.G.P., toda vez que no acompaña a la demanda la minuta o el documento que debe ser suscrito por la ejecutada o, en su defecto, por el juez”.

Inconforme con la decisión y dentro de la oportunidad legal, la apoderada judicial de la demandante presentó recurso de **reposición** y en subsidio de **apelación contra el auto de fecha abril 7 de 2022**, resuelto el primero en forma desfavorable, concedió el de apelación en el efecto suspensivo mediante providencia del **02 de mayo de 2022**.

En dicha providencia consideró el juez A quo lo siguiente:

“El ejecutante presenta como base un “título ejecutivo”, soportando la obligación que pretende exigir, mediante una “Cesión o venta de derechos litigiosos” suscrita el 02 de abril de 2018, en la cual manifiesta el togado actor, la señora BETTY JASSIVA ESCHEBACH se obligó a enajenar el bien inmueble ubicado en la Carrera 14 NO. 3-64 con matrícula inmobiliaria 370-114945 de la actual nomenclatura urbana del municipio de Cali a la entidad demandante AQUA TECH S.A.S.

Al efecto, es importante memorar que el documento aportado debe contener los requisitos previstos en el artículo 422 del Código General del Proceso, es decir, dicho documento debe prestar mérito ejecutivo, esto es, que la certificación allegada como base de ejecución, sea clara, expresa y exigible”.

En ese sentido señala que:

“Frente a las obligaciones de suscribir documentos, no solo debe aportarse el documento que preste el respectivo mérito ejecutivo, sino que además, debe acreditarse que realizó todas las obligaciones a su cargo, es decir, no debe estar pendiente por realizar obligación alguna por parte del demandante. De ahí que, en primer lugar, el despacho haya tenido como argumento que el documento aportado no prestaba mérito ejecutivo, en tanto no acreditó siquiera sumariamente que haya entregado a la demandada el dinero acordado.

Para abundar en razones, no le es dable para este operador de justicia librar mandamiento ejecutivo en el caso en particular, en atención al inciso segundo del artículo 434 ibídem, pues la norma expresa que será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado, que deba presentarse certificado que acredite la propiedad de este en cabeza del ejecutante o del ejecutado, situación que no se puede predicar en el caso en particular, pues la titularidad del bien inmueble distinguido con M.I. No. 370-114945, según el certificado de tradición, pertenece a LILY CUADROS DE WEST, por lo que es imposible realizar el presupuesto establecido en la norma en cita.

Para terminar y no menos importante, en el numeral cuarto del contrato allegado como base de ejecución, como se observa a continuación, en el literal “f)” se obliga a la demandada a hacer el traspaso del bien a nombre de la entidad demandante, sin embargo, nótese que en ella no se estipula fecha específica, ni condición alguna para materializar dicho acto, pues se estableció de manera indeterminada, que el cedente deberá hacer traspaso sin plasmar la exigibilidad de dicha obligación”.

Escrito de sustentación al recurso de apelación

Dentro de la oportunidad procesal y de conformidad a lo establecido en el numeral 3 del artículo 322 del CGP la parte actora sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

“Indica el Despacho que la parte actora no ha dado cumplimiento a la cláusula sexta del contrato de cesión de derechos, lo cual no corresponde a la realidad, puesto que se han desembolsado a la demandada, \$70.000.000 y los \$70.000.000 se le deben cancelar con la firma de la escritura pública correspondiente. Ahora bien, dado que la señora BETTY JASSIVA ESCHEBACH, no ha realizado la inscripción de la sentencia, de la cual ella es la poseedora de la copia auténtica, por legitimación en la causa, el documento a realizar y que perfecciona la negociación con mi representada es la escritura pública, escritura que elaboran directamente en la notaría, una vez se alleguen los documentos idóneos para tal fin. Habiendo allegado al proceso copia simple de la sentencia en donde le reconocen el derecho a la demandada”.

II. ACTUACION PROCESAL

Por disposición del artículo 326 del C. G. P, el presente recurso de apelación se resuelve de plano mediante la presente providencia.

Así las cosas, procede el Despacho a resolver previas las siguientes

III. CONSIDERACIONES

El recurso de apelación tiene por finalidad que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. (Artículo 320 del C.G.P.).

El artículo 321 del C. G. P., establece que son apelables los autos en primera instancia, entre otros, "(..). *El que **niegue total o parcialmente el mandamiento de pago (...)***", el cual corresponde al tema objeto de apelación.

De acuerdo a los antecedentes descritos, el problema jurídico que se presenta y del cual se ocupará el despacho, corresponde determinar, si en el presente asunto había lugar a negar el mandamiento de pago por cuanto, a consideración del juez A quo, el demandante no cumplió con sus obligaciones de lo pactado en la cláusula sexta del contrato de CESIÓN O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS y aunado al hecho de no acompañar a la demanda la minuta o el documento que debe ser suscrito por la ejecutada o, en su defecto, por el juez, por lo que a su consideración el documento aportado no prestaba mérito ejecutivo.

Se pretende con la presente demanda librar mandamiento ejecutivo a favor de **AQUA TECH SAS** y contra la demandada **BETTY JASSIVA ESCHEBACH**, para que esta de cumpliendo a una obligación de hacer, pagar la cláusula penal respectiva y las costas del proceso, conforme a los siguientes puntos:

1. La demandada BETTY JASSIVA ESCHEBACH, procederá a otorgar y suscribir la Escritura Pública protocolaria del contrato de CESION O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS a favor de AQUA TECH SAS, respecto al inmueble ubicado en la Carrera 14 No. 3-64 con matrícula inmobiliaria 370-114945 de la actual nomenclatura urbana del municipio de Cali, lo cual deberá hacerse en la Notaría 23 de este Círculo, dentro de los tres días siguientes a la ejecución de la sentencia.
2. La demandada BETTY JASSIVA ESCHEBACH, pagará a favor de AQUA TECH SAS la

suma de SETENTA MILLONES DE PESOS (\$70.000.000), por concepto de cláusula penal”.

Manifiesta la actora que la señora BETTY JASSIVA ESCHEBACH, mayor de edad, vecina de Cali, identificada con la C.C. No. 31.387.080, se obligó a favor de AQUA TECH SAS, representada legalmente por el señor DAVID ELIOTH TOVAR GONZALEZ, a enajenar el bien inmueble ubicado en la Carrera 14 NO. 3-64 con matrícula inmobiliaria 370-114945 de la actual nomenclatura urbana del municipio de Cali.

Que tal compromiso fue adquirido mediante la suscripción de una CESIÓN O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS suscrita entre las partes demandante y demandada con fecha 2 de abril de 2018, documento que fue firmado ante dos garantes y además reconocidas sus firmas en la Notaría Cuarta de este Círculo.

Que, conforme al referido contrato de CESIÓN O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS, las partes acordaron que la demandada realizaría los trámites necesarios para el traspaso a nombre de la empresa AQUA TECH SAS. Así como entregar el inmueble al día en servicios públicos e impuestos.

Pues bien, de lo anterior se desprende que el documento que se aporta como título base de la obligación de hacer que se pretende, lo constituye el **contrato de CESIÓN O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS** suscrito entre las partes, mediante el cual las partes acordaron que la demandada realizaría los trámites necesarios para el traspaso a nombre de la empresa AQUA TECH SAS. Así como entregar el inmueble al día en servicios públicos e impuestos.

Tratándose del proceso ejecutivo por obligación de hacer, como es este asunto, donde se pretende la suscripción de escritura pública del bien inmueble ubicado en la Carrera 14 NO. 3-64 con matrícula inmobiliaria 370-114945 de la actual nomenclatura urbana del municipio de Cali, en la modalidad de la obligación de suscribir documentos, es necesario que con la demanda se debe acompañar el documento que preste mérito ejecutivo, además la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado o, en su defecto, por el juez¹, a efectos de que se libre mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal².

En efecto, señala el **artículo 434 del CGP**, lo siguiente:

¹ Artículo 434 del Código General del proceso

“Cuando el hecho debido consiste en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios que se demanden, comprenderá la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o el documento en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación del mandamiento, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el artículo 436. **A la demanda se deberá acompañar, además del título ejecutivo, la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado o, en su defecto, por el juez”.**

Por su parte el **artículo 430** de la misma obra establece que:

“Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez libraré mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal”.

En ese sentido y consecuente con lo expuesto, es menester que el documento aportado como título ejecutivo debe contener obligaciones, expresas, claras y exigibles, pues solo si cumple con dichas exigencias, es que puede demandarse ejecutivamente³.

En efecto, el **artículo 422 del C.G.P.**, establece que:

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él”

A fin de determinar el problema jurídico planteado conviene citar las cláusulas sobre las cuales se basa la presente disconformidad. Al respecto, la cláusula cuarta del contrato consagra:

“**Cuarto: Responsabilidad y obligaciones.** EL CEDENTE responde al cesionario de la existencia del proceso y declara no haber enajenado antes del derecho objeto de cesión, de igual manera se obliga a cumplir con todas y cada una de las ritualidades procesales cuando sean requeridas por el juzgado entre otras a: a) Asistir a las diferentes etapas procesales; b) Entregar el nombre de 5 testigos los cuales puedan dar fe de la tenencia y posesión pacífica e ininterrumpida del bien inmueble ubicado en la carrera 14 No. 3-64 por más de 10 años; C) Garantizar la asistencia de los testigos cuando sean requeridos por el juzgado, d) Recibir y atender la visita del despacho judicial cuando sean programadas; e) Fijar aviso en la parte exterior del inmueble; f) hacer los trámites necesarios para el traspaso a nombre de la empresa AQUA TECH SAS; g) Entregar el

² Artículo 430 Código General del Proceso.

³ Artículo 422 del Código General del Proceso.

inmueble el día de los pagos de servicios públicos impuestos predial y avalúo catastral; por su parte EL CESIONARIO se obliga a: a) Cumplir con el pago oportuno de acuerdo con lo acordado en la cláusula sexta del presente contrato; b) Asumir los gastos procesales”

A su vez, la cláusula sexta del mismo documento establece:

“Sexta. Precio y forma de pago: El precio pactado por las partes se realiza por la valor de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$140.000.000) que el CESIONARIO pagará así: a) TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MCTE (\$35.000.000), a la firma del presente documento; b) QUINCE MILLONES DE PESOS MCTE (\$15.000.000) a la admisión de la demanda o dentro de los treinta días siguientes a la radicación de la demanda, c) VENTE MILLONES DE PESOS MCTE (\$20.000.000), cuando sea realizada la inspección judicial del inmueble por parte del despacho judicial; y d) el valor restante, es decir SETENTA MILLONES DE PESOS (\$70.000.000), una vez culmine de manera exitosa el proceso, y vez se realice el tramite de traspaso o, cesión o venta de los derechos del inmueble a través de escritura pública a favor de AQUA TECH S.A.S.”

Conforme a las cláusulas reseñadas, es evidente que el documento aportado como base de la ejecución pretendida, **“contrato de CESIÓN O VENTA DE DERECHOS LITIGIOSOS”**, no reúne la totalidad de los requisitos del título ejecutivo, conforme lo expresa el artículo 422 del CGP.

Por un lado, no se menciona cuando y en que lugar debe ser ejecutada dicha obligación. Por lo que en tal sentido carece del requisito de exigibilidad.

Pues, acertadamente lo consideró el juez de instancia, que, “en el numeral cuarto del contrato allegado como base de ejecución, como se observa a continuación, en el literal “f)” se obliga a la demandada a hacer el traspaso del bien a nombre de la entidad demandante, sin embargo, nótese que en ella no se estipula fecha específica, ni condición alguna para materializar dicho acto, pues se estableció de manera indeterminada, que el cedente deberá hacer traspaso sin plasmar la exigibilidad de dicha obligación”.

En efecto así lo es, pues no se indica la fecha y la notaría donde debe hacerse la escritura pública a favor de AQUA TECHO S.A.S, por parte de la demandada, sobre el referido inmueble objeto del contrato.

Además, no queda duda para este Despacho que se establecieron una serie de condiciones señaladas para la firma de la escritura, que se constituyen según las

cláusulas transcritas, en unos elementos condicionantes para hacer exigible la obligación.

Conforme lo expuesto, entiende este Despacho que la obligación que pretende hacer exigible la actora se encontraba sujeta a una condición casual⁴, que en el presente asunto no se dio, o al menos no se encuentran acreditadas, lo que no permitiría su exigencia a través de un proceso ejecutivo.

Fuerza lo anterior, lo manifestado por la actora en la sustentación del recurso, **“que la señora BETTY JASSIVA ESCHEBACH, no ha realizado la inscripción de la sentencia, de la cual ella es la poseedora de la copia autentica”**.

Pues en verdad, no se evidencia que en el certificado de tradición del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 370-114945 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, aportado con la demanda, no se registra tradición alguna en favor de la demandada señora **BETTY JASSIVA ESCHEBACH**.

Ante este panorama no había lugar a librar mandamiento ejecutivo en el presente asunto, como en efecto lo consideró el juez A quo y por cuanto en efecto, al no acreditarse la propiedad de este en cabeza del ejecutante o de la ejecutada, situación que no se puede predicar en el caso en particular, pues la titularidad del bien inmueble distinguido con M.I. No. 370-114945, según el certificado de tradición, pertenece a una persona diferente a la aquí demandada **LILY CUADROS DE WEST**, por lo que no podría darse cumplimiento al **inciso segundo del artículo 434 del CGP**, el cual establece que:

“Cuando la escritura pública o el documento que deba suscribirse implique la transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, **para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa y que se presente certificado que acredite la propiedad en cabeza del ejecutante o del ejecutado, según el caso (...)**”

Se suma a todo lo manifestado, el hecho de no acompañar a la demanda la minuta o el documento que debe ser suscrito por la ejecutada o, en su defecto, por el juez, conforme lo exige la norma citada.

⁴ Ver Código Civil ARTICULO 1530. <DEFINICION DE OBLIGACIONES CONDICIONALES>. Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. ARTICULO 1534. <CONDICION POTESTATIVA CAUSAL Y MIXTA>. Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso.

En ese sentido, considera este Despacho, fue acertado el juez de instancia al proceder con la negativa al mandamiento ejecutivo, en razón a que no se cumplen las exigencias previstas en la normatividad vigente aplicables al caso controvertido para la viabilidad del mismo.

Lo que significa que el reparo alegado por la actora no tiene eco jurídico.

En este orden de ideas, al estar conforme a derecho el auto que niega el mandamiento ejecutivo se confirmará dicha providencia.

Basta lo expresado para proferir la siguiente

IV. DECISION

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de apelación **No. 1355 de fecha abril 7 de 2022** proferido por el **JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE CALI** mediante el cual niega mandamiento ejecutivo en la demanda **EJECUTIVA POR OBLIGACIÓN DE HACER** instaurada por **AQUA TECH S.A.S.,** contra **BETTY JASSIVA ESCHEBACH,** por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR inmediatamente al juez a quo, de conformidad al inciso segundo del artículo 326 del C. G. P.

TERCERO: REMITIR las presentes diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

CUARTO: NOTIFICAR la presente providencia por estado electrónico del juzgado.

MÓNICA MENDEZ SABOGAL

Juez Décima Civil del Circuito de Oralidad de Cali

Firmado Por:

Monica Mendez Sabogal

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 010

Cali - Valle Del Cauca

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b1f31f7f33a35c897419113e45c8361fcb9f0cf65621da1202de4c2c1794258c**

Documento generado en 27/07/2022 02:30:53 PM

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