

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE FUNZA

Funza, Cundinamarca, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Rad. 2018-00558-00

I. ANTECEDENTES

Corresponde en esta oportunidad, proveer sobre los recursos de reposición interpuestos, frente al mandamiento de pago dictado el dieciocho (18) de agosto de 2020¹, al interior del proceso ejecutivo promovido por la SOCIEDAD INVERSIONES CONTINENTAL S.A. contra CONSTRUCTORA ACAPULCO S.A.S. y otros.

II. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

2.1. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA DEMANDADA CONSTRUCTORA ACAPULCO S.A.S.²: El gestor judicial de la precitada sociedad, fincó la solicitud de revocatoria del mandamiento de pago, en los siguientes argumentos:

2.1.1. “A. INEXISTENCIA DEL TÍTULO EJECUTIVO – INEXIGIBILIDAD DEL TÍTULO”: Al respecto precisó que el documento allegado como base del recaudo, adolece de los presupuestos establecidos en el artículo 422 del CGP, en tanto las sociedades demandadas, no se obligaron en la forma y condiciones que da cuenta el título, toda vez que éste fue objeto de *“acuerdos y compromisos previos y diversos”*, y por tanto, la escritura 1771 del 24 de septiembre de 2014, *“tiene origen, [fecha] y condiciones”* diferentes.

Para explicar lo anterior, resaltó que a través del precitado instrumento público en comento se protocolizó, **a.** La compraventa de los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria 50C-310389 y 50C-304074 enajenados por un valor de \$1.700.000, y, **b.** El contrato de hipoteca en cuantía indeterminada sobre aquellos inmuebles, sin embargo allí mismo declaró deudoras a las demandadas en la suma de \$6.353.750.000.00, suma por la cual se deprecó y así se libró el mandamiento de pago, sin que de manera clara y precisa se determine o describa a qué obligaciones corresponde dicho valor, esto es, *“sin aducir o mencionar a qué o de qué obligaciones corresponde, o cuales valores o créditos comerciales, préstamos o contratos de mutuo soportan esta obligación, más bien que “ESTIULACIONES*

¹ Folio 154 – C.1

² Folio 220 – C1

SOBRE LAS ALTERNATIVAS DE PAGO”, se dieron y cómo quedaron pendientes de cumplimiento, es decir, le correspondía indicar el antecedente de dicha obligación”.

Bajo las anteriores premisas, acotó que el título base del recaudo se suscribió en garantía de diversos contratos comerciales, contenidos en documentos privados suscritos entre las partes, así:

- a. **CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA**, celebrado entre las partes, el día 20 de junio de 2014, suscrito en la ciudad de Bogotá..., previo y antesala a la Escritura Pública No. 1771... [de los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria 50C-310389 y 50C-304074] (...).
- b. **OTRO SI** y en especial **OTRO SI No. 2** de fecha junio 20 de 2014, que determina el precio y forma de pago [de los inmuebles objeto de la anterior promesa] (...).
- c. **DOCUMENTO PRIVADO ESTIPULACIÓN ALTERNATIVA A FORMA DE PAGO**, de fecha 24 de septiembre de 2014 ...”, concomitante con el “supuesto título ejecutivo” y que habla exactamente sobre la cifra aquí ejecutada y como tiene que ser asumida y saldada la obligación: (...).

2.1.2. “B.- EXIGIBILIDAD EN EL TÍTULO EJECUTIVO “VARIACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES ASENTIDA EN DOCUMENTOS POSTERIORES A LA SUSCRIPCIÓN DEL ESCRITO BÁCULO DE LA ACCIÓN”. Sobre este tópico refirió que “*la demandante señaló como fecha de vencimiento de la obligación el día dieciocho (18) de noviembre de 2016*”, fecha que resulta totalmente contraria al acuerdo que entre las partes se plasmó en los documentos suscritos el día 25 de mayo de 2015.

Precisó que “*el plazo que contempló la Escritura Pública No. 1771 del 24 de septiembre de 2014, en su numeral PRIMERO literal b, es decir el día 16 de septiembre de 2016, fue variado a voluntad de las partes para el día 16 de septiembre de 2017, concluyendo indefectiblemente que el plazo que dispuso la demandante como exigibilidad de la obligación no es la contenida en la escritura pública 1771 del 24 de septiembre de 2014*”, cuya conmutación fue de amplio conocimiento de las partes, tal como se comprueba con los correos electrónicos cruzados entre ellas.

2.1.3. “C.- NO EXISTE TÍTULO EJECUTIVO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 422 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO”. Hecho que sustenta en las estipulaciones contenidas en las cláusulas primera de la compraventa, y quinta de la garantía, relacionadas con las obligaciones que garantiza la hipoteca y los efectos jurídicos de la misma de cara a las diversas negociaciones celebradas, tanto la obligación principal como la hipoteca, su alcance se contraen a las obligaciones derivadas del contrato de compraventa mas no a otras sumas como allí acontece.

Con fundamento en lo anterior, concluyó:

1. Antes bien, la obligación por parte de mi representada está sometida a una modalidad especial para su cumplimiento, circunstancia especial otorga desde su nacimiento y que para su ejercicio o exigibilidad de contarse con todos los elementos que la integran.
2. El vencimiento de la obligación no fue como se indicó en la demanda, no existe autorización para convertir el pago de una obligación de hacer a una de dar.
3. La cancelación el valor se cumplía con la entrega de bodegas, y que por responsabilidad del vendedor no se ha logrado la construcción de las mismas.
4. Se ha omitido fundamentalmente el requisito que conlleva la exigibilidad del título valor, valga decir, su vencimiento y demás aspectos indicados.
5. Por la ausencia de los tan nombrados requisitos, no podía utilizarse la Escritura Pública No. 1771 del 24 de septiembre de 2014 como base de recaudo judicial, situación que afecta el mandamiento de pago librando contra mi mandante.

2.2. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR ACCIÓN FIDUCIARIA S.A.³: Estructuró la solicitud de revocatoria del mandamiento de pago librado en su contra, en el incumplimiento de los presupuestos previstos en el artículo 422 del Estatuto General del Proceso, teniendo en cuenta los siguientes cuestionamientos:

2.2.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva, tanto sustancial como formal, teniendo en cuenta que *“No existe documento suscrito o proveniente de mi representada que lo constituya en deudor de obligación dineraria frente a la demandante, luego mal podría vincularse como obligada a pagarle las sumas dinerarias mencionadas en la orden de apremio”*.

2.2.2. Ausencia del requisito de expresividad en cuanto a la **corrección monetaria** librada refiere, teniendo en cuenta que *“se ignora por completo cuánto es el presunto monto que se ordena pagar, cómo se calcula la referida corrección y con qué índice puede hacerse la correspondiente actualización...”*, por lo que *“solo después de realizar varias elucubraciones podría llegarse a determinar cuál es el monto de tal prestación...”*

2.2.3. Inexigibilidad de la Cláusula penal pecuniaria contenida en el numeral décimo primero de la pluricitada escritura, teniendo en cuenta que está *sub judice* a la indefectible comprobación del incumplimiento de las obligaciones principales contractuales.

³ Folio 273 – C1

2.3. El representante judicial de la parte demandante, se opuso a la prosperidad del recurso interpuesto⁴, explicando el origen o causa del título allegado como base del recaudo, así como sobre los convenios que la demandada reputa como privados, anteriores o posteriores al negocio causal.

III. CONSIDERACIONES

3.1. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA DEMANDADA CONSTRUCTORA ACAPULCO S.A.S.⁵:

En el asunto sub examine, la extensa discusión se focaliza en la ausencia de mérito ejecutivo respecto del título base del recaudo, representado en la escritura pública 1771 del 24 de septiembre de 2014, al cual se le irroga en síntesis, falta de autonomía dando a entender que en últimas se trata de un título complejo, ya que el mismo no contiene el verdadero acuerdo de voluntades que gobernó la relación comercial en todos sus aspectos, esto es, **a.** En cuanto a la causa de la obligación, **b.** El monto de la misma, **c.** Las condiciones de pago, **d.** la fecha de exigibilidad, ya que, tanto previa, como posteriormente a la suscripción del citado instrumento público las partes realizaron estipulaciones privadas diferentes a las que da cuenta el título allegado como base del recaudo.

A fin de resolver, se tiene que, en nuestra legislación positiva, el cobro coercitivo de una obligación reclama como presupuesto básico la presencia de un título ejecutivo, el cual debe acreditar manifiesta y nítidamente la existencia de una obligación contra el demandado, en todo su contenido sustancial, sin necesidad de efectuar una indagación preliminar y sin acudir a juicio mental alguno respecto de los elementos que la integran.

En dicho sentido, el artículo 422 del Código General del Proceso consagra 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, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley.”*

3.1.1. Ahora bien. En cuanto atañe a la autonomía del título allegado como base del recaudo, es bien sabido que éstos pueden ser simples o complejos; sobre éstos últimos, el tratadista Ramiro, señala lo siguiente⁶:

La unidad del título ejecutivo no es física sino jurídica, es decir, sus requisitos pueden estar en uno o varios documentos.

⁴ Folio 314 – C1

⁵ Folio 220 – C1

⁶ BEJARANO G., Ramiro. Procesos declarativos, 6ª edición, Bogotá DC, Temis, 2016, p.448.

“Como se indicó, el título será simple si todos los requisitos para que sea ejecutivo constan en un solo documento, como un cheque o letra de cambio impagada; y será complejo, si los requisitos para que el documento preste mérito ejecutivo constan no en uno, sino en varios documentos, como ocurre, por ejemplo, con un título que contenga una obligación de hacer, que además del contrato exige el requerimiento para constituir en mora, salvo que se haya renunciado a él”.

Por su parte, la Corte Constitucional, ha indicado al respecto:

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 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. Es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada”.

Prolegómenos que armonizados al caso presente, derruyen los argumentos fundamento del vicio irrogado, como quiera que el título allegado al presente asunto, por sí solo satisface a cabalidad todos y cada uno de los presupuestos establecidos en el artículo 422 del CGP, en tanto, no es necesario acudir para su interpretación a otros documentos, como equivocadamente lo señala el recurrente.

Téngase en cuenta que en el caso *sub examine*, se encuentra representado en la escritura pública 1771, del 24 de septiembre de 2014 protocolizada ante la Notaría 27 del Círculo de Bogotá, contentiva del contrato de compraventa e hipoteca celebrado por INVERSIONES CONTINENTAL S.A. como vendedora y CONSTRUCTORA ACAPULCO LTDA e IMPORMÁQUINAS Y EQUIPOS LTDA, quienes la suscribieron en calidad de compradores e hipotecantes, negocios jurídicos celebrados respecto de los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria 50C-310389 y 50C-304074.

Así las cosas, da cuenta la **cláusula primera del contrato de hipoteca**, que las sociedades compradoras “*CONSTRUCTORA ACAPULCO LTDA e IMPORMÁQUINAS Y EQUIPOS LTDA, se reconocen y declaran SOLIDARIAMENTE DEUDORAS HIPOTECARIAS en PRIMER GRADO de la sociedad INVERSIONES CONTINENTAL S.A. por la suma de SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$7.253.750.000.00)*, en razón de la suma líquida de dinero equivalente que, desde la fecha de este acto, aquellas le adeudan a ésta, los cuales se deberán pagar en las fechas ciertas y cantidades que a continuación se indican...: **a)** La suma de **NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$900.000.000.00) MONEDA CORRIENTE**, el día viernes 28 de noviembre de 2014... mediante cheque de gerencia proveniente de alguna de las sociedades solidariamente deudoras girado a nombre de la señora Hortensia Peñaloza de Téllez o de la sociedad que obra como acreedora hipotecaria. (...). **b)** Y la suma de **SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$6.353.750.000.00) MONEDA CORRIENTE**, el día viernes dieciocho (18) de noviembre de 2016... mediante cheque de gerencia proveniente de alguna de las sociedades solidariamente deudoras girado a nombre de la señora Hortensia Peñaloza de Téllez o de la sociedad que obra como acreedora hipotecaria.

A su vez, en la cláusula segunda del citado contrato, estipularon lo concerniente a los intereses de plazo y moratorios, sobre cada una de las sumas anteriores, así como las demás obligaciones surgidas para las partes derivadas de la mora en el cumplimiento de las obligaciones principales.

Por otra parte, **en el parágrafo segundo del contrato de compraventa**, estipularon las partes “*dejar sin efecto, y ante ellas se tendrá por no escrito, cualquier contrato celebrado con anterioridad, en especial el contrato de promesa de compraventa y su otro sí, que recayendo sobre los mismos predios había sido inicialmente suscrito solo entre Inversiones Continental y Constructora Acapulco Ltda*”.

En ese estado de cosas, no viene a duda que el título pábulo de la orden de apremio goza de autenticidad y autonomía, revela y expresa nítidamente el marco contractual del mismo, es decir, la causa, la prestación debida, la forma de pago, sus intereses, periodicidad, y las sanciones y obligaciones derivadas del incumplimiento; y, en señal de asentimiento del acuerdo de voluntades, fue suscrito, -entre otros-, por quienes fungen como partes en el presente asunto, condiciones bajo las cuales, y contrario a lo argumentado, resulta autónomo y presta por sí mismo el mérito ejecutivo que reclama el artículo 422 del CGP, es decir, no requiere de respaldo en ningún otro documento para ser ejecutadas las obligaciones allí contenidas.

3.1.2. Lo anterior, sin perjuicio que las divergencias expuestas por la recurrente, relacionadas con el monto respecto de las sumas cobradas, la causa de la obligación, la legitimación o deber de carácter ‘sustancial’, o el pago total o parcial de las mismas, sean formuladas y discutirlas en la forma y oportunidades legales previstas por el legislador, a través de los medios exceptivos de mérito pertinentes.

3.1.3. Finalmente, y en concordancia con lo explicado, resulta improcedente resolver en este iter procesal sobre el decreto de pruebas peticionado, por cuanto, estarían orientadas a probar aspectos sustanciales del título, y por ende a derruir las pretensiones, no siendo este el escenario procesal para ello, so pena de vulnerar las disposiciones normativas contenidas en los artículos 78 y 173 del CGP, que establecen que las "*pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código*", siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos para esos fines.

3.2. Ahora bien. **EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR ACCIÓN FIDUCIARIA S.A.** como vocera y administradora del patrimonio autónomo FIDEICOMISO PARQUEO HATO EL CHICÓ, es preciso señalar:

3.2.1. Que si bien el ente moral que representa, no suscribió el título pábulo de la presente acción ejecutiva, su convocatoria como demandado, estriba en su calidad de **actual propietario de los bienes inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria 50C-310389 y 50C-304074**, sobre los cuales CONSTRUCTORA ACAPULCO LTDA e IMPORMÁQUINAS Y EQUIPOS LTDA, constituyeron garantía hipotecaria en favor de la demandante INVERSIONES CONTINENTAL S.A., situación jurídica que faculta al demandante para ejercer de manera exclusiva la acción real en su contra, [no la personal], con venero en el derecho de persecución que le otorga el artículo 2452 del Estatuto Civil que en su tenor literal contempla:

ARTICULO 2452. <DERECHO DE PERSECUCION DEL BIEN HIPOTECADO>. La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, **sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.**

Por su parte el artículo 2449 Ibidem, regula sobre la coexistencia de la acción hipotecaria y la personal, estableciendo que “El ejercicio de la acción hipotecaria **no perjudica la acción personal del acreedor** para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados, **y puede ejercitarlas ambas conjuntamente**, aún respecto de los herederos del deudor difunto; pero aquélla no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera.

No obstante, y a fin de delimitar el ámbito de su responsabilidad y deber de cara a la obligación que se reclama, resulta necesario aclarar, que, como contra Acción Fiduciaria S.A., se ejercita únicamente la acción real, más no la personal, las medidas cautelares no pueden recaer sobre bienes de propiedad de ésta, diferentes a los ofrecidos en garantía en favor de la demandante.

Sobre el tema en comento, y aunque en vigencia del Código de Procedimiento Civil, explicó:⁷:

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 2 de diciembre de 2009. Expediente 11001-31-03-009-2003-00596-01.

“En general, existen entonces dos situaciones claramente diferenciadas de las cuales se desprenden consecuencias jurídicas disímiles, vale decir, que el deudor respalde una obligación suya con un bien propio y que se mantiene como dueño el día que la obligación es cobrada judicialmente, caso en el cual el acreedor puede alternativa o conjuntamente perseguir el bien hipotecado o este y los demás bienes del deudor. También puede suceder que el deudor originario constituya la garantía hipotecaria sobre un bien suyo, pero transfiera su derecho de propiedad antes de la ejecución del gravamen, evento en el cual el accipiens puede dirigir su acción personal contra el deudor con prescindencia de la hipoteca, ejercer exclusivamente la garantía real contra el propietario actual del bien gravado (inc. 3º del art. 554 del C.P.C.), o involucrar al dueño de la prenda y al deudor que no son el mismo, en un proceso ejecutivo mixto, juntando en beneficio del acreedor la prenda general del deudor y la prenda específica que vive en el gravamen hipotecario, todo con los límites que más adelante se indicarán.

(...)

3.2. Igualmente, en la acción ejecutiva, hay cierto margen de adaptabilidad y flexibilidad. Así, son varias las normas que dan muestra de la labilidad de la dicha acción, tanta, que un proceso de cobro promovido bajo la modalidad hipotecaria, puede migrar hacia el proceso ejecutivo singular.

(...)

En suma, el acreedor puede demandar a la par al propietario del bien que garantizó una deuda ajena con un bien o lo compró estando vigente un gravamen; de un lado, la hipoteca frente al propietario del inmueble gravado, y de otro, la obligación respaldada, contra el deudor respectivo. Nótese que ningún reparo podría formularse contra la citada posibilidad, si es que la simple disparidad entre los sujetos pasivos de cada relación jurídica es insuficiente para restringir el ejercicio de los derechos derivados de la hipoteca, cuando quiera que el titular de esta decida promover conjuntamente las facultades inherentes a la garantía, sin prescindir de la persecución personal contra el deudor original.

(...)

Es que ninguna norma sustancial o procesal dispone la pérdida o extinción de la hipoteca simplemente porque el acreedor persiga, en un primer momento, la prenda general de garantía de los deudores, pues la sistematización de las opciones de cobro con que cuenta el dicho acreedor admiten, sucesivamente, el ejercicio de la acción ejecutiva singular, para luego modificar el objeto de persecución general a otro específico, sin que puedan oponerse talanqueras procesales de ninguna naturaleza, pues la estructura y filosofía de los trámites tienen como norte servir de cauce para garantizar la satisfacción de los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico; por lo tanto, los procesos deben flexibilizarse para lograr el cumplimiento de ese importante fin, permitiendo la armonía entre los intereses de los demandantes, con el respeto al debido proceso de los demandados.

(...)

En suma, ningún obstáculo legal existe para que el trámite cambie de ejecutivo hipotecario a singular, como tampoco puede haberlo para que este último se convierta en mixto con el fin de enarbolar la hipoteca, todo para permitir el ejercicio adecuado de los derechos del acreedor con garantía real, desde luego, permitiendo la defensa del propietario de la cosa gravada, o de quien haya respaldado deuda ajena con un bien propio, para que, a pesar de la conversión del procedimiento, se garantice el debido proceso a las personas llamadas a resistir las ejecuciones”.

3.2.2. En relación con la **FALTA DE EXIGIBILIDAD DEL TÍTULO RESPECTO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**, por cuanto su cobro está supeditado a que se demuestre el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa y/o hipoteca, este argumento a pesar de ser cierto, no constituye el fundamento de la revocatoria parcial del mandamiento de pago por este rubro.

Lo anterior, como quiera que la estipulación realizada por las partes sobre este punto, adolece de las estipulaciones necesarias que previene el artículo 1594 del Código Civil, de tal manera que permita su cobro simultáneo con la obligación principal, tal como pasa a analizarse.

Al efecto, es preciso señalar que el artículo 1592 por el Código Civil, como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*

Además, y como quiera que se trata de una disposición accesoria a la obligación principal, el artículo 1594 *Ibidem*, regula concretamente la reclamación judicial de una y otra, disponiendo que *“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**”*.

Por su parte, el artículo 1600 del mismo código prevé que *“no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, **a menos de haberse estipulado así expresamente**; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”*.

En el presente asunto, en la cláusula décimo primera del contrato de compraventa⁸, se pactó:

“CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. Las partes pactan una cláusula penal pecuniaria de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.OO) MONEDA CORRIENTE**, por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del presente contrato.

Quedando evidente de esta manera, que **las partes no realizaron ninguna manifestación adicional, en los términos previstos en el artículo 1594 ya citado**, razón por la cual no era posible ordenar la ejecución simultáneamente por la pena y la obligación principal, como quiera que las partes no estipularon en el negocio jurídico la subsistencia de ambas obligaciones, omisión que se constituye en un

⁸ Folio 25 vuelto

obstáculo insalvable para su ejecución, y por ende debió *ab initio* denegarse el mandamiento de pago por este rubro.

Acerca del entendimiento, alcances y utilidad de la aludida estipulación contractual, la Sala Civil de la Corte Suprema de justicia, ha establecido:

[...] La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley 'es aquélla en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal' (Art. 1592 del C.C). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios;

[...] Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Art. 1604 del C. C); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

*[...] Para evitar un doble pago de la obligación, en principio **no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1594 del C.C); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doblé satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro evento si puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C)***

Estipulada la cláusula penal y aunque el acreedor no esté obligado a aceptar del deudor el pago parcial de la obligación, sin embargo, cuando lo acepta en esas condiciones renuncia implícitamente a una parte proporcional de la pena, como claramente se desprende de la ley, en cuanto ésta establece que 'si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal'. (Art. 1596 del CC)». (resalto fuera de texto)

3.2.3. Finalmente, no prospera la revocatoria del auto de apremio, en cuanto al rubro por concepto de **CORRECCIÓN MONETARIA**, por cuanto se trata de una convención debidamente pactada, y, por otra parte, en caso de ordenarse seguir adelante con la ejecución una vez probado el incumplimiento de la obligación, su monto será el producto de la liquidación y con base en los rubros por los que, si es del caso se continúe con la ejecución.

Por lo anterior, y sin ser necesarias mayores disquisiciones, el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE FUNZA – CUNDINAMARCA, en ejercicio de las facultades legales

IV. RESUELVE:

Primero: REVOCAR el numeral cuarto (4º) del mandamiento de pago, relacionado con la cláusula penal pecuniaria, con fundamento en lo considerado en el numeral **3.2.2.** que antecede.

Segundo: Mantener incólume en lo demás, la providencia recurrida.

Tercero: Denegar el recurso de apelación interpuesto en subsidio, como quiera que, por una parte, el auto que libra mandamiento de pago no se enlista dentro de aquellas que taxativamente enlista el artículo 321 del CGP, ni ninguna otra norma especial. De otro lado, por virtud del presente recurso, prosperó parcialmente la solicitud en interés del apelante.

Notifíquese (2),



CHRIS ROGER EDUARDO BAQUERO OSORIO
JUEZ

