

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
Rionegro, julio ocho de dos mil veinte

Proceso: EJECUTIVO
Demandante: PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A
Demandado: ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S
Radicado: 056153103001 **2019-00270** 00

Asunto: Auto (I) 1ª instancia N°. 288. Resuelve reposición.

OBJETO DE DECISIÓN

Resolver el recurso de reposición propuesto por el apoderado judicial de la parte ejecutada contra el auto de octubre 23 de 2019.

ANTECEDENTES

Mediante proveído N°857 de octubre 23 de 2019, se procedió a librar mandamiento de pago por vía de proceso ejecutivo, a favor de PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A EN LIQUIDACIÓN en contra de ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S.

El apoderado judicial de la parte demandada presentó recurso de reposición, a fin de que dicho auto sea revocado anota; de forma inicial discute los requisitos formales del título ejecutivo –art. 430 inc. 2º C. G del P- y explica que la cláusula penal establecida en el contrato de promesa de fiducia, no tiene la suficiencia necesaria para constituir por si sola título que sustente el mandamiento de pago. Al respecto precisa que al demandante exigir, vía ejecutiva, la cláusula penal incurre en error pues, ella no es autónoma, sino que deriva su exigibilidad del cumplimiento de otras obligaciones, por lo que primero debe declararse el incumplimiento del contrato, no siendo la vía ejecutiva la cuerda procesal adecuada para que se declare

el incumplimiento del contrato, y menos para exigir la cláusula penal sin que de manera previa se haya declarado el mencionado incumplimiento.

Hace referencia a los artículos 1542, 1592 y 1594 del Código Civil, para continuar anotando que el documento base de la ejecución contiene obligaciones recíprocas, así que el ejecutante debe probar con suficiencia el cumplimiento de sus obligaciones y el incumplimiento del ejecutado, lo que como no es menester del proceso ejecutivo.

En armonía con el artículo 422 del Código General del Proceso explica los requisitos esenciales del título ejecutivo así:

- Que la obligación sea expresa: Al estar frente a un título complejo, debe delimitarse la obligación incumplida por parte del ejecutante, para el caso concreto se indica que el incumplimiento de ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S radica en no tramitar el plan parcial, lo que no se encuentra de forma expresa como generador de cláusula penal, pues no es ello, objeto del contrato (siendo este la transferencia de dominio); adicionalmente, llama la atención con relación al contenido de la cláusula cuarta numeral 11 del contrato base de ejecución, donde claramente se indica que no se impondrá la cláusula penal en el evento de no obtenerse el plan parcial, y aunque lo fuesen, no es el proceso ejecutivo la cuerda procesal.

- Que la obligación sea clara: Encuentra que no tiene asomo de claridad el título frente a la cláusula penal y el incumplimiento de la condición predicada por el ejecutante. Insiste en que el objeto del contrato de promesa de fiducia es la transferencia de dominio, no el adelantar un plan parcial, el que se constituye en una condición, incluso no obligatoria según la cláusula cuarta numeral 11 de la relación comercial, donde se anota que en caso de no obtener el plan parcial las Partes entienden que el Contrato será resuelto sin lugar a reconocimiento de daño o indemnización para ninguna de las Partes, así como tampoco habrá lugar a la aplicación de la Cláusula Penal. Además, informa que el plan parcial pactado, requiere un sin número de actuaciones previas, las cuales no se encuentran descritas en el contrato, unas necesariamente a cargo de PROMOTORA DE

PROYECTOS AIREPURO S.A, entre ellas, otorgar poder para el respectivo trámite administrativo.

- Que la obligación sea exigible: La obligación de solicitar plan parcial no es exigible, puesto que PROMOTORA DE PROYECTOS AIREPURO S.A no otorgó poder alguno para tal fin, imposibilitando ello, los trámites administrativos para concretar la formulación de tal plan parcial. Así que, la ausencia de poder es una situación sobreviniente que escapa a la órbita de dominio y control de ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S, incumpliendo el ejecutante con sus obligaciones, por tanto, no es exigible vía ejecutiva una cláusula penal basada en una circunstancia provocada por la demandante.

Encuentra que también impide la exigibilidad de la obligación demandada lo enunciado por la ejecutante en comunicación del 8 de junio de 2019, donde indica "Esperamos retomar el negocio, en el que ambas partes resultemos beneficiadas con los resultados de lo contratado...", afirmación que deja sin efectos los plazos pactados, por lo que no se puede dilucidar con plena claridad desde cuando surgirían las obligaciones reclamadas y libradas en el mandamiento de pago.

De otro lado, pone en conocimiento situaciones indicativas de que el contrato se dio por terminado de forma unilateral por parte de la PROMOTORA DE PROYECTOS AÍRE PURO S.A, quien, afirmó también que permitiría que la decisión final sea adoptada por la jurisdicción en las correspondientes acciones.

- Que el documento provenga del deudor y constituya plena prueba en contra de él: Anota que el contrato de promesa de fiducia sí está suscrito por el ejecutado; sin embargo, al tratarse de un título complejo, al ser base del incumplimiento y generador de la cláusula penal, es requerido y necesario que dicha prueba también provenga del ejecutado.

Sirviendo como prueba del incumplimiento una certificación emanada de la Secretaria de Ordenamiento Territorial en la que se dice que no se ha solicitado determinantes para la formulación de plan parcial o solicitud de adopción para polígono C3_DU-20, sin que provenga ello del demandado lo que rompe los

presupuestos procesales del Artículo 422 del Código General del Proceso, pues tampoco existe confesión por parte de ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S o documento que constituya plena prueba en su contra.

Adicionalmente propone como excepción previa, **pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto**, para lo cual indica que ACTIVA CONSTRUCCIONES, viene tramitando proceso declarativo por incumplimiento de contrato en contra de la PROMOTORA DE PROYECTOS AIREPURO S.A, asunto conocido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro bajo la radicación 05615310300220190029500, el que se dirige a dilucidar el incumplimiento del contrato de promesa de fiducia que se presenta como título ejecutivo.

Encuentra el proceso declarativo como la cuerda procesal más adecuada, pues antes de hacer exigible la cláusula penal se debe dilucidar si en efecto se generó incumplimiento de las obligaciones contractuales, además informa que el mandamiento de pago fue notificado en enero 16 de 2020, posterior a la notificación de la acción declarativa, la que ocurrió en diciembre 18 de 2019.

Dentro del término de traslado el ejecutante indica que, no se repara la ausencia de requisitos formales del título ejecutivo, sin que al momento de recurrir el mandamiento puedan traerse controversias de fondo como lo es el tema del incumplimiento del contrato pregonado por el recurrente de manera confusa.

Anota que el título es el contrato de promesa, cuyo contenido fue reconocido notarialmente por las partes y del que emanan con claridad los requisitos de la esencia, además de las cláusulas accidentales, se lee con claridad la cláusula penal sancionatoria al mero incumplimiento contractual que se ejecuta, documento que reúne todos los requisitos formales para ser título ejecutivo, entre ellos, consta por escrito, proviene del deudor en la medida en que la sociedad es parte contractual obligada, contiene una obligación expresa, clara, líquida y actualmente exigible, sin que la discusión sobre el cumplimiento o no del contrato de promesa haga parte de los requisitos formales del título, razón por la que solicita no se reponga el mandamiento ejecutivo.

Precisa que la cláusula penal sancionatoria se puede demandar de manera autónoma o separada de las demás obligaciones contractuales ante el mero incumplimiento. En otras palabras, no está condicionada legalmente a la declaratoria judicial previa, en proceso de conocimiento, sobre la suerte del contrato en general, además, el ejecutado, al proponer excepciones de mérito, tiene plenas garantías para atacar de fondo el título ejecutivo, de manera tal que no vea lesionado su derecho fundamental constitucional al debido proceso, concretamente, su derecho de contradicción.

Frente a la excepción previa de PLEITO PENDIENTE, que, es la única y exclusiva excepción que propone el recurrente, aclara que no es procedente, ya que la ejecución de la cláusula penal es autónoma e independiente de cualquier proceso de conocimiento, no está condicionada a que en el proceso de conocimiento se establezca quien es la parte incumplida, siendo procesos independientes sin ninguna conexidad o relación que obligue a esperar el desenlace de uno para continuar el otro.

Surtido el trámite que en derecho corresponde, se procede a resolver el recurso con apoyo en las siguientes,

CONSIDERACIONES

El artículo 318 del Código General del Proceso establece cuales son las providencias contra las cuales puede interponerse el recurso de reposición, señalando además la forma y la oportunidad en que debe proponerse.

Pretende el demandado por este medio que se reponga el auto en virtud del cual se libra mandamiento de pago en favor de PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A y en contra de ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S, ello teniendo en cuenta que el documento presentado como base de la ejecución no reúne los requisitos formales del título ejecutivo, además, existe pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

Así las cosas, y con la finalidad de abordar el primer argumento de la reposición que aquí nos ocupa, debe recordarse que “el diseño del proceso ejecutivo se entiende desde el escenario de inobservancia de las obligaciones, pues la situación ideal es el cumplimiento voluntario por parte del deudor, quien pudo comprometerse a pagar una suma de dinero, dar otra prestación, hacer o no hacer. Sin embargo, ante la renuencia del obligado, el acreedor cuenta con el trámite de ejecución para obtener el cumplimiento forzado.

El proceso ejecutivo regulado actualmente en el Código General del Proceso y en disposiciones especiales en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo está dirigido a obtener el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible que conste en un documento que de plena fe de su existencia. Lo anterior, porque el trámite de ejecución parte de una obligación probada y no busca determinar su existencia.

En atención a esa finalidad del trámite, el título constituye un presupuesto forzoso para incoar la ejecución. De acuerdo con el artículo 422 del CGP corresponde a una obligación con las características descritas que conste en: (i) documento que provenga del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él; (ii) sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción; (iii) providencias judiciales o emitidas en procesos de policía que aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia; (iv) confesión que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184 ibídem, y (v) los demás documentos que señale la ley.”¹

De conformidad con el mencionado artículo 422 del C.G.P, *“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 proceso de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley.”*

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-111 de abril 02 de 2018, M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Deriva de lo anterior que, 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.”

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.”²

Promueve acción ejecutiva PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A (EN LIQUIDACIÓN), en la que incorpora como pretensión, el cobro de MIL MILLONES DE PESOS derivados de la cláusula penal establecida en el “contrato de promesa de fiducia” suscrito con ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S, siendo precisamente el documento contentivo de tal relación comercial el que se utiliza como título ejecutivo, cuya cláusula octava indica: *“El incumplimiento por cualquiera de las Partes de la totalidad o de alguna o algunas de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a aquella que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir las obligaciones a su cargo, para exigir inmediatamente a título de pena a quien no cumplió o no se allanó a cumplir, el pago de una suma equivalente a MIL MILLONES DE PESOS M.L. (\$1,000,000,000), a título de cláusula penal sancionatoria, la cual será exigible por la vía ejecutiva al día siguiente a aquel en*

²Corte Constitucional, Sentencia T-747 de octubre 24 de 2013, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

que debieron cumplirse las correspondientes prestaciones, sin necesidad de requerimiento privado o judicial para la constitución en mora, derecho al cual renuncian ambas partes en su recíproco beneficio. Por el pago de la pena no se extingue la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente. El contratante que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir sus obligaciones, podrá demandar, en caso de que el otro no cumpla o no se allane a cumplir lo que le corresponde, bien el cumplimiento del Contrato o bien la resolución del mismo con indemnización de perjuicios. En ambos casos, tendrá derecho la Parte cumplida a pedir el pago de la pena, tal como lo permiten los Artículos 870 del Código de Comercio y 1546 y 1600 del Código Civil.”.

Contrato de promesa de fiducia, que en principio atiende los requisitos formales mencionados con anterioridad; nótese en tal sentido que, se trata de un documento autentico, suscrito por Álvaro Diaz Paucar y Johny Cardona Márquez, quienes actuaban como representantes de PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A y ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S respectivamente, sin que hasta la fecha se haya desatado discusión alguna con relación a tal autenticidad, incluso, es claro el mismo recurrente al indicar a folio 58 que “el contrato de fiducia si está suscrito por el ejecutado”, y que contiene un acuerdo de voluntades que como es sabido es ley para los contratantes, orden en el cual ha de atenderse el contenido de las cláusulas octava y decima segunda, donde se dispone que tal negocio jurídico presta mérito ejecutivo, adicionalmente, acuerdan los contratantes que, para la ejecución de la cláusula penal no son necesarios requerimientos privados o judiciales que tengan por finalidad la constitución en mora, contando con tal acción quien hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir las obligaciones a su cargo, comportamiento este que de acuerdo a los fundamentos facticos de la acción adopto PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A (EN LIQUIDACIÓN).

Pese a lo anterior, razón le asiste al recurrente cuando afirma que nos encontramos en frente de un título ejecutivo complejo, pues ésta conformado por varios documentos, en concreto se arrima, el contrato de promesa ya muy mencionado (fl. 26) y respuesta del municipio de Rionegro sobre la ausencia de solicitudes de plan parcial a cargo de la ejecutada (fl. 35), sin que del conjunto de documentos que se dice dan cuenta de la obligación, exista alguno que emane del deudor y que defina

con precisión que sobre ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S recae la carga de pagar a título de cláusula penal la suma de \$1.000.000.000, menos que otorgue la calidad de acreedor a PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A (EN LIQUIDACIÓN), situación que ha de ser resuelta dentro del proceso verbal promovido por ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S en contra de PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A (EN LIQUIDACIÓN), donde se pretende la resolución del contrato de promesa de fiducia por incumplimiento de la demanda y que es conocido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la localidad bajo radicado 056153103002**20190029500**.

Finalmente se advierte que, ante la ausencia de los requisitos formales del título ejecutivo, se encuentra innecesario analizar los argumentos traídos por el resistente de la acción para sustentar el “pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto”.

Entonces, es claro que el conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, no reúne los requisitos formales del título ejecutivo, como bien lo indica la recurrente, en consecuencia, se procederá a reponer el auto N°857 de octubre veintitrés (23) de dos mil diecinueve (2019) y en su lugar negará la orden de pagó.

Por lo antes expuesto, EL JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO ANTIOQUIA,

RESUELVE

PRIMERO. REPONER la providencia N°857 de octubre veintitrés (23) de dos mil diecinueve (2019), para en su lugar NEGAR EL MANDAMIENTO DE PAGO solicitado por PROMOTORA DE PROYECTOS AIRE PURO S.A (EN LIQUIDACIÓN), en contra de ACTIVA CONSTRUCCIONES S.A.S dentro del asunto que nos ocupa.

SEGUNDO. DECRETAR el levantamiento de las medidas cautelares perfeccionadas en el proceso de la referencia. Oficiese en tal sentido a las entidades correspondientes.

TERCERO. Ordenar la devolución de la demanda y sus anexos sin necesidad de desglose como dispone el artículo 90 inciso 2º del C.G.P.

CUARTO. Realizado lo anterior, pase el expediente al archivo, previo registro en el sistema de gestión.

NOTIFÍQUESE,

**ANTONIO DAVID BETANCOURT MESA
JUEZ**

Firmado Por:

**ANTONIO DAVID BETANCOURT MESA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO DE RÍO NEGRO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

043a186e23cfbf423794db50c5df9fa991e2120e0cde9780ee9ec6add704a9f2

Documento generado en 08/07/2020 03:41:07 PM