

# JUZGADO CUARENTA Y TRES CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil veintiuno (2021)

**Expediente No. 11001 40 03 016 2021 00892 01**

## I. ASUNTO

Se resuelve la apelación interpuesta por el apoderado judicial del extremo ejecutante contra el auto que, en octubre 14 hogaño, emitió el Juzgado 16 Civil Municipal de esta ciudad, en la que negó la orden de pago deprecada<sup>1</sup>.

## II. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN<sup>2</sup>

Señala el apelante, que el *a quo* al estimar que el documento venero de la ejecución carece de fecha de exigibilidad «...se equivocó en su razonamiento y, sin lugar a duda, dejó de valorar los documentos en su conjunto para llegar a esta conclusión», así mismo, en lo que toca a la declaratoria de incumplimiento, expuso que «...no es claro el argumento del despacho para oponerse a proferir mandamiento ejecutivo. Sin embargo, de lo que es posible extraer, el despacho también se equivocó en este punto por la interpretación que dio al artículo 1594 del Código Civil y su confusión del concepto de mora, la forma de la constitución en mora y los efectos que tiene sobre la ejecución de una cláusula penal».

Así, consideró que «[e]l primer error del despacho consistió en confundir la exigibilidad de la obligación principal con la exigibilidad de la pena, pues se trata de obligaciones independientes. El auto atacado señaló que el título ejecutivo no reunía los requisitos previstos en la ley porque la obligación de pago de regalías, a juicio del juzgado, no tenía fecha de exigibilidad para cada pago», incluso, «[l]a exigibilidad de la obligación principal no es relevante para determinar que es exigible la pena, pues no se está solicitando el pago acumulado de las dos obligaciones. Por el contrario, lo que debió estudiar el despacho era la exigibilidad de la pena, asunto al que me referiré cuando discuta la errada interpretación de artículo 1594 del Código Civil efectuada por el juzgado», por tanto, de cara a las cláusulas del contrato arribado «...las obligaciones que se señalan incumplidas en ambos contratos estaban sometidas a plazo o, en su defecto, solo podían ser cumplidas en determinado período de tiempo. Por lo tanto, sí era posible determinar las fechas de exigibilidad de la obligación principal, contrario a lo concluido por el despacho».

De otro lado, en lo atinente a la declaratoria del incumplimiento del contrato acorde al art. 1594 del C.C., enrostrar que el juez de primera mano «...no explicó realmente en este caso por qué no se cumple con los requisitos de dicha norma y por qué se requiere que se declare previamente el incumplimiento. Sin embargo, procederé a explicar de manera detallada por qué en este caso sí se cumplió con las condiciones previstas por la norma», es más «...el mayor desacierto del auto proferido por el despacho de primera instancia fue confundir los conceptos de mora e incumplimiento. Por una parte, el incumplimiento conceptualmente consiste en una conducta del deudor en la que no satisface la prestación debida y, por otra parte, la mora consiste en la indemnización de perjuicios causada por ese incumplimiento», sin que la norma aluda por aquel Juzgado «...sea acertad[a] jurídicamente».

---

<sup>1</sup> Archivo digital "06Niega mandamiento".

<sup>2</sup> Archivo digital "07Recurso apelacion" y "09 recurso de apelacion".

Lo anterior, porque «...ninguna norma señala que un juez de la república deba declarar el incumplimiento de un contrato para que sea viable el cobro de la cláusula penal por la vía ejecutiva. Por el contrario, la estructura normativa de la cláusula penal permite el cobro de la cláusula penal de manera independiente de la obligación principal y no prohíbe que dicho cobro se pueda hacer a través de un proceso ejecutivo», de la misma manera, «...las normas sobre mora deben ser estudiadas de manera detallada para que se entienda en qué casos es posible ejecutar la cláusula penal, pues a voces del artículo 1594 del Código Civil, debe existir mora del deudor».

Ultimó, que en el presente asunto «...nos encontramos en una obligación sometida a plazo o, en su defecto, una obligación que debía ser cumplida en dentro de cierto tiempo. Así mismo, está probado que la parte demandada no ha cumplido la obligación a pesar de los requerimientos efectuados» máxime, que «...en la cláusula décima novena de los contratos, transcrita anteriormente, la demandada renunció expresamente a la constitución en mora en la cláusula décima novena de los contratos que señalan: “EL FRANQUICIADO renuncia a los avisos de constitución en mora”», en consecuencia, conforme lo establecido en el art. 94 del C.G.P., «...no hace falta la constitución en mora, pues estamos ante obligaciones en la que la ley misma exonera al acreedor de la reconvención judicial para la constitución en mora. Es decir, que se cumple el primer requisito del artículo 1594 del Código Civil, pues la deudora se encuentra en mora y, en consecuencia, el acreedor puede solicitar a su arbitrio la pena o la obligación principal».

Por lo anterior, solicitó que «...se revoque el auto de fecha 14 de octubre de 2021» y, en su lugar, «...se ordene al juez de primera instancia librar mandamiento ejecutivo por las sumas señaladas en el escrito de demanda».

### III. CONSIDERACIONES

La apelación tiene por objeto que se revise en segunda instancia la decisión proferida por el Funcionario que de primera mano, conoce de un asunto, a fin de que revoque o reforme tal determinación, pero siempre que la misma se aparte del marco normativo imperante y aplicable al evento, caso contrario, debe mantenerla intacta; tal es el sentido y teleología del artículo 320 del Código General del Proceso y por ello, de cara a ese plano conceptual, abordaremos el caso actual para tomar la decisión que el derecho imponga.

Así entonces, de entrada se advierte que la decisión emitida por el Juez 16 Civil Municipal de esta ciudad se mantendrá, como pasa a exponerse.

En efecto, según lo impera el artículo 422 del C.G.P., «[p]ueden 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...», seguidamente, el art. 430 *ibídem*, estableció que «[p]resentada la demanda **acompañada de documento que preste mérito ejecutivo**, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal» (Negrilla y subrayado por el Despacho).

Al tenor de lo anterior, para que un documento preste mérito ejecutivo, debe reunir los siguientes requisitos:

Que sea claro: Lo que equivale a decir que todos los elementos constitutivos, sus alcances y efectos salten a la vista de manera perfecta únicamente de la lectura del documento; o lo que es lo mismo, que no sean necesarias demasiadas interpretaciones ni de muchos esfuerzos de interpretación para establecer que es lo que se exige del deudor.

Que sea expresa: Es decir, que manifieste a través de palabras lo que uno quiere dar a entender, o lo que es lo mismo, lo específico, lo que se quiere transmitir a través de palabras, de lo cual queda constancia por escrito y en forma inequívoca una obligación, de ahí que lo superfluo o las meras hipótesis o expectativas no presten mérito ejecutivo.

Que sea exigible: Definido por la H. Corte Suprema de Justicia así: *«la exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en una situación de pago solución inmediata por no estar sometida a plazo, condición, el plazo se ha cumplido o ha acaecido la condición; caso en el cual, igualmente, aquella pasa a ser exigible»*.

Pues bien, sin la reunión de estos tres requisitos, no podríamos hablar de que el documento preste mérito ejecutivo y por lo mismo que pueda ser demandable a través de la vía ejecutiva, pues de lo contrario, al faltar uno cualquiera de los citados requisitos, dicha ausencia implica que el juzgador niegue la orden de pago deprecada.

Del mismo modo, en vista de la naturaleza de la pretensión pedida, es decir, respecto al cobro de la cláusula penal contenida en el contrato allegado para la ejecución coercitiva, véase que el artículo 1592 del Código Civil, preceptúa, que *«[l]a cláusula penal es 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»*.

Bajo ese entendido, la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-Familia de antaño, acerca del entendimiento, alcances y utilidad de la aludida estipulación contractual, expuso:

*«[...] La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley 'es 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' (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 doble satisfacción de los mismos, salvo que así se*

*haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro eventos 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)<sup>3</sup>».*

A su turno, el art. 1594 del C.C., establece:

*«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».*

Así entonces, la mentada Corporación en sentencia SC3047-2018 bajo la ponencia del H. Magistrado Luis Alonso Rico Puerta, conceptuó:

*«En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.*

*Con relación a tales aspectos, la jurisprudencia de la Corte, en fallo CSJ SC, 18 dic. 2009, rad. n.º 2001-00389-01, en lo pertinente expuso:*

*“En fin, es evidente que el Código Civil, como ya se dijera concibe la aludida estipulación de manera polifuncional, pues junto con su carácter aflictivo, coexisten, a la par su condición de caución y la indemnizatoria, que suele deducirse de la regla contenida en el artículo 1594 en cuanto prevé que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo 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, a su arbitrio...”*

*No puede negarse, ciertamente, que la mencionada estipulación cumple una significativa función de apremio, que se evidencia de manera insoslayable en diversas hipótesis previstas en esa codificación y a las que ya se ha hecho alusión, como de garantía, particularmente cuando ella recae sobre un tercero”».*

Igualmente, no puede pasarse por alto que, de cara al título ejecutivo aportado, sea esto, el “contrato de franquicia”, éste se encuentra dentro de los distintos negocios jurídicos, en el cual «...las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado», como bien lo prevé el art. 1973 del Código Civil, por tanto, es un contrato bilateral en el que sus suscriptores se obligan de forma recíproca.

---

<sup>3</sup> Sentencia SC, 7 oct. 1976, G.J. t. CLII, n.º 2393, págs. 446-447

Como se puede atisbar del paginario, el ejecutante pretende el cobro ejecutivo de unos conceptos ínsitos en el documento rotulado “Contrato de franquicia” visible en el abonado virtual “02Anexos”, a saber:

2.1. La suma de \$60.000.000 pactada a título de cláusula penal en el contrato de franquicia suscrito entre la demandada y la sociedad Inversiones en Comida y Restaurantes S.A.S. para la explotación de una franquicia en la Calle 140 # 9 – 69 de la ciudad de Bogotá.

2.2. La suma de \$60.000.000 pactada a título de cláusula penal en el contrato de franquicia suscrito entre la demandada y la sociedad Inversiones en Comida y Restaurantes S.A.S. para la explotación de una franquicia en la Calle 80 # 100 – 52 de la ciudad de Bogotá.

2.3. El valor de las costas, incluidas las agencias en derecho que se causen en este proceso.

Vistas esas pretensiones en contraste con los documentos base de la ejecución, como se anticipó, pone al descubierto que el proveído objeto de vilipendio será confirmado, pues tales instrumentos no cumplen con las exigencias del art. 422 ya analizado en precedencia, habida cuenta que, como bien se sostuvo por el Juez cognoscente, los rubros pretendidos no registran fecha en la que se debería honrar la obligación contenida, sin que fuera factible suplir tal requisito con la mera manifestación en el libelo genitor ya que iría en contravía del principio de literalidad ya estudiado, lo que traduce a rajatabla que el cartular adolece de exigibilidad.

Aunado a ello, si bien le asiste razón al demandante al sostener que «...no hace falta la constitución en mora, pues estamos ante obligaciones en la que la ley misma exonera al acreedor de la reconvención judicial para la constitución en mora...», presupuesto que está contenido en el art. 94 del C.G.P., y que no tiene discusión por este Juzgador, lo cierto es que mal podría aplicarse los efectos del inciso segundo de esa normatividad si se desconoce en qué radicó el incumplimiento de los contratos por parte de la pasiva y cuándo acaeció, más aún si en cuenta se tiene que éstos tienen sendas aristas que no pueden presumirse al interior de la causa ejecutiva, como al parecer lo entiende el extremo actor y, concomitante, hace que los mismos adolezcan del requisito de claridad y, de contera, contrario a lo considerado por el recurrente, si hace imperioso el uso de otra vía para determinar ese evento; falencias que, en conjunto, impiden librar la orden de pago (art. 422 y 430 del C.G.P.).

Conforme a lo anterior, para poder librar la orden de pago solicitada en la demanda, le corresponde al juez analizar los documentos que se presenten como fundamento de dicho pedimento, a efectos de establecer que los mismos satisfagan a cabalidad los requisitos previstos en las normas correspondientes; pues en caso de no encontrarlos, lo procedente será negar la orden coactiva solicitada, como atinadamente lo hizo el juez de primer grado.

Al cariz de lo expuesto, resulta pétreo que la decisión tomada por el Juez 16 Civil Municipal de Bogotá estuvo ajustada a derecho por cuanto los títulos arribados no prestan mérito ejecutivo y, por ende, habrá de confirmarse, en consecuencia, se

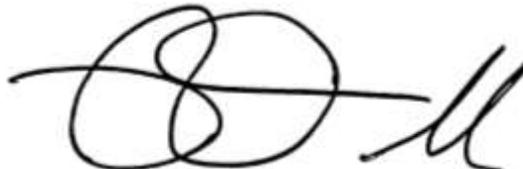
#### **IV. RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto que en octubre 14 de 2021 profirió el Juzgado 16 Civil Municipal de esta ciudad.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas por no aparecer causadas (*num. 8º art. 365 del C.G.P.*).

**TERCERO:** Oportunamente, devuélvase las diligencias al estrado judicial de origen.

**Notifíquese,**



**RONALD NEIL OROZCO GOMEZ  
JUEZ**

CJA<sup>4</sup>

Firmado Por:

**Ronald Neil Orozco Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado De Circuito  
Civil 043  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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: **c1bbc91631ca5ac1bfd9c8af7b259b0feac10507ce3c281857624a4102f66b58**

Documento generado en 10/12/2021 05:21:08 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

---

<sup>4</sup> Tenga en cuenta los lineamientos establecidos para la atención al usuario de forma virtual de este Despacho Judicial, los mismos pueden ser consultados el siguiente enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-043-civil-del-circuito-de-bogota/46> o copiando y pegando el siguiente vínculo en su navegador <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/36156127/40513369/AVISO+JUZGADO+43+C+CTO.pdf/2781f64b-aad7-476d-8d6f-86763c401397>.