Medellín, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022)[1]

Proceso	**EJECUTIVO HACER**
Radicado	**05001 31 03 003 2020 00015 01**
Demandante	**PAULA ANDREA CASAS IDÁRRAGA** **CARLOS DUQUE SÁNCHEZ**
Demandado	**PIEDAD CECILIA CASAS IDÁRRAGA** **DIEGO ALBERTO CASAS IDÁRRAGA**
Juzgado Origen	**TERCERO CIVIL CIRCUITO MEDELLÍN**

Decide la Sala la apelación de la sentencia anticipada en el proceso de la referencia[2].

1. ANTECEDENTES.

1.1 DEMANDA[3].

Pretenden los demandantes la ejecución de la obligación a cargo de los demandados, consistente en suscribir ante la Fiscalía, un escrito a través del cual soliciten la terminación de una investigación penal que cursa en su contra y dejar constancia de que no se opondrían ante una eventual terminación y, subsidiariamente, se ordene la suscripción de la terminación por un tercero o lo realice el juzgado; adicionalmente, se condene al extremo pasivo al pago de la suma de $200'000.000 por concepto de cláusula penal.

Sostienen que el 27 de septiembre de 2019 las partes y otras personas celebraron un contrato con el objeto de transigir sus diferencias y dar por terminados varios procesos en curso, promovidos de parte y parte, entre ellos, una denuncia en la Fiscalía de Sincelejo en contra de los demandantes por los delitos de abuso de confianza, administración desleal y otros, que se encontraba en trámite y en etapa de investigación.

Precisaron que en el numeral 2.5, sección III del contrato de transacción, los demandados se obligaron a elaborar un documento para terminar la investigación adelantada por la Fiscalía, obligación que no cumplieron, pues el 7 de diciembre de 2019 fue capturado el demandante Carlos Duque y continuaba el proceso penal en su contra, igualmente la investigación contra Paula Casas y; añadieron que en la cláusula sexta de la sección III del contrato de transacción se pactó una cláusula penal en caso de incumplimiento.

---

[1] Discutido en Sala del 28 de septiembre de 2022.
[2] Conforme excepción contemplada en el artículo 18 de la ley 449 de 1998 que dispone: *"ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal (…)"*
[3] Ver ruta carpeta 01EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO / archivo *02Demanda*

Mediante proveído del 30 de enero de 2020, el Juzgado libró orden de apremio en la forma solicitada en la demanda[4].

1.2 CONTESTACIÓN[5].

Los demandados formularon las siguientes excepciones.

"Falta de Claridad del documento que presta mérito ejecutivo", por cuanto lo estipulado en el numeral 2.5 de la transacción es contra la ley, como quiera que se estipuló que, además de los demandados, el documento dirigido a la Fiscalía debía ser suscrito por el apoderado judicial, quien no se vinculó al proceso ejecutivo; que la acción penal solo es desistible por la autoridad competente, no por particulares y los delitos que se investigan no son querellables contrariando, entre otros, los artículos 2472 del Código Civil y 250 de la Constitución Política; que el contrato no ha sido perfeccionado, como quiera que se acordó autenticación en notaría y la demandada Piedad Casas no procedió de conformidad, por tanto, es ineficaz, además se indicó un número errado de identificación de la misma.

"Cobro de lo no debido", en la medida que no se puede exigir la cláusula penal cuando el contrato no se perfeccionó, además el incumplimiento parte de causa y objeto ilícito.

La demandada Paula Casas agregó que existe falta de claridad por la inexistencia del negocio subyacente, dado que se suscribieron 3 ejemplares, sin ser autenticados y; que la transacción no corresponde a la suscripción de un documento, sino en sus efectos, siendo imposible su ejecución.

1.3 PRIMERA INSTANCIA[6].

Mediante sentencia anticipada del 26 de enero de 2021, el juzgado ordenó seguir adelante con la ejecución en los términos del mandamiento ejecutivo.

Consideró el *a quo* que las pruebas solicitadas por las partes en la contestación y pronunciamiento a las excepciones no eran indispensables para resolver el conflicto planteado, de forma que se podía decidir con prescindencia de las mismas toda vez que, según las afirmaciones de la demanda y las excepciones formuladas se encontraban demostrados los elementos necesarios para tomar una decisión de fondo, destacó que los

---

[4] Ibidem archivo *05LibraMandamientoPagoNotificación*
[5] Ver archivos *09ContestaciónDemanda y 10Folin°8ContestaciónDemanda; 17ContestacionDemanda*
[6] Ver archivo *44 Sentencia anticipada - ejecutivo*

medios probatorios se centraban en la discusión de la nulidad del acuerdo transaccional, asunto que no fue propuesto como excepción, así que al no existir pruebas por practicar, encontró configurada la causal del numeral 2 del artículo 278 del CGP.

Como razón de la decisión, estimó que existía una obligación clara, expresa y exigible, consistente en suscribir un documento y enviarlo a la Fiscalía, lo que no constituía prohibición legal alguna, en la medida que la obligación se limitaba al envío de una simple solicitud y la constancia de no oposición a cualquier forma de terminación del proceso, no a la disposición de la acción penal.

Con relación a la exigibilidad, precisó que, si bien no se pactó plazo para el cumplimiento de la obligación, se debía entender que se hacía exigible en la fecha del acuerdo transaccional y que, a la fecha de la sentencia, los demandados no manifestaron acción de cumplimiento.

Consideró procedente el cobro de la cláusula penal, toda vez que se verificó el retardo en el cumplimiento de la prestación, constituyéndose los demandados en mora una vez notificados de la demanda.

Frente a la excepción de falta de claridad por no identificar el abogado que debía suscribir conjuntamente el documento con destino a la Fiscalía, señaló que en la transacción se mencionó claramente a los demandados, quienes se obligaron por su propia parte o cuota, luego el acreedor podía exigir el cumplimiento de cada uno por separado, sin que tuviesen que concurrir los tres a efectuar lo acordado; en lo relativo a la falta de perfeccionamiento del contrato por no encontrarse autenticado en notaría por todos los contratantes, indicó que a los contratos de transacción no les atribuyó el legislador dicha solemnidad, son acuerdos tradicionalmente consensuales y un pacto en contrario resultaría ineficaz y; en lo atinente a las restantes excepciones sobre la ineficacia de transar una acción penal y procedencia de la cláusula penal, reiteró lo previamente analizado.

1.4 TRÁMITE DE LA APELACIÓN.

La sentencia de primera instancia fue proferida por escrito de manera anticipada y notificada en estados, siendo apelada oportunamente por los demandados, quienes de la misma manera precisaron los reparos frente a la decisión[7].

[7] Ibídem archivos *46Recurso de apelación; 51ApelacionDemandada*

Considerando el actual estado de emergencia sanitaria, se dio aplicación al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 [8], concediéndole a los apelantes la oportunidad para sustentar el recurso y a la contraparte para la réplica, derecho del cual ambas partes hicieron uso oportunamente.

2. CONTROL DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA DEL SUPERIOR.

En atención a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 42 y en el artículo 132 del Código General del Proceso, se aprecian reunidos los presupuestos procesales para emitir sentencia porque se verificó la demanda en forma y su trámite adecuado, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y acudir al proceso respecto de los extremos del litigio; debiéndose destacar que no se advierten vicios ni irregularidades que configuren nulidad, eventuales defectos que tampoco fueron avisados por las partes del proceso.

Por disposición del artículo 328 de la misma obra, salvo decisiones que se deban adoptar de oficio, esta sala limita el análisis a los reparos concretos efectuados por la parte apelante en contra de la decisión de primera instancia.

3. REPAROS CONCRETOS.

Con el propósito que se revoque la sentencia que ordenó continuar con la ejecución, los demandados formularon los siguientes motivos de inconformidad, frente a los cuales la parte actora presentó la correspondiente réplica. Con base en sus intervenciones se establecerán los problemas jurídicos objeto del estudio.

3.1 Reparos Diego Casas Idárraga.

a. Motivación del rechazo de pruebas. Reprocha la ausencia de providencia que motivara claramente por qué cada una de las pruebas solicitadas y aportadas por las partes, no cumplían los requisitos de necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad para ser rechazadas u omitidas, bien sea en auto previo o en la sentencia misma, conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

- <u>Réplica demandante.</u> Menciona que la juez si cumplió con la labor argumentativa en la sentencia, aun cuando la ejecutada no comparta la decisión adoptada. Agrega que, es equívoco el reparo, pues se dio

[8] Mediante la Ley 2213 de 2022, se acogió como legislación permanente las disposiciones de dicho decreto para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, la ley conserva en el artículo 12 la disposición del artículo 14 del decreto en cuanto al trámite de la apelación de sentencias en materia civil y familia.

aplicación al artículo 278 del CGP, no se rechazaron de plano las pruebas, sino que se prescindió de su práctica por falta de necesidad.

b. Vinculación de litisconsorte necesario. Aduce que, según la lectura de la cláusula que contiene la obligación demandada, se hacía necesario integrar al proceso al apoderado encargado de la asesoría al momento de celebrar el contrato o quien ejercía la representación legal en materia penal al momento de notificar el mandamiento de pago, pues le correspondía responder por la claridad del título ejecutivo, identificando si lo pactado en materia penal trasgrede normas del ordenamiento jurídico, toda vez que, el contrato de transacción no es un mecanismo alternativo para solucionar conflictos penales.

- Réplica demandante. Manifiesta que el reparo se debe formular como excepción previa mediante recurso de reposición, ya resuelto en el proceso. Pese a ello, precisó que los demandados son los obligados por el numeral 2.5 del contrato de transacción, siendo las supuestas víctimas y denunciantes de los delitos por los cuales se adelanta el proceso penal, resultando irrelevante la integración del apoderado.

c. Cumplimiento de obligaciones a cargo de los demandantes. Recrimina que no se verificó el cumplimiento efectivo de las obligaciones contraídas en el contrato por parte de los demandantes, que no se cumplió con la transferencia de acciones y de la cuota parte de la bodega, requiriéndose la constatación de cumplimiento efectivo para ordenar la continuación de la ejecución frente a la cláusula penal.

- Réplica demandante. Refuta porque los demandantes sí se allanaron a cumplir sus obligaciones y por ello la sentencia está conforme a la ley, además que las obligaciones correlativas de los demás contratantes poco o nada importa para el proceso.

3.2 Reparos Piedad Cecilia Casas Idárraga.

a. Motivación del rechazo de pruebas. Replicó los argumentos expuestos por el demandado Diego Casas.

b. Suspensión del proceso. Crítica la negativa de suspensión del proceso por prejudicialidad, pese a existir litigio donde se discute la validez del contrato de transacción y se decretó como medida cautelar la suspensión de los efectos jurídicos del mismo.

- Réplica demandante. Indica que la medida cautelar de suspensión decretada en otro proceso era contemplativa, es decir, se dejó a al

arbitrio de la juez de la ejecución, quien resolvió la negativa de manera adecuada.

c. Estipulación que contraviene el ordenamiento jurídico. Acusa de ilícitos la causa y el objeto de la obligación que se demanda, pues suscribir un documento donde se solicite a la Fiscalía la terminación de la investigación penal por delitos no querellables, contraría el procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004.

- Réplica demandante. Refuta el reproche porque no se dispuso de la acción penal, la obligación consistió en una mera solicitud y no en terminar el proceso o investigación penal, por tanto, la obligación es lícita.

d. Nulidad del contrato de transacción. Disputa la validez del contrato por cuanto no cumple las reglas previstas en los artículos 2472, 2475 y 2476 del Código Civil, en la medida que la transacción no puede recaer sobre una acción penal, advierte actuación dolosa de los asesores que elaboraron el contrato y la única que hace un acto de reciprocidad por las obligaciones contraídas es la demandante Paula Casas, demostrándose falta de claridad en el título ejecutivo.

- Réplica demandante. Resalta que en varios procesos judiciales donde se ha aportado el contrato de transacción, se han terminado por tal causa y, en varios pronunciamientos de la Corte Suprema en sede de tutela, se ha puntualizado su validez.

3.3 Problema Jurídico.

Correspondería a la Sala establecer si la sentencia anticipada proferida encuentra respaldo en la causal anunciada por el *a quo* o si, en su defecto, por los reparos expuestos, habría lugar a revocar tal decisión y disponer la continuidad del trámite del proceso para decisión, previo decreto y práctica de pruebas.

No obstante, advierte la Sala que en este caso se impone el reexamen del documento base de la ejecución, toda vez que la falta de confluencia de los requisitos del título ejecutivo degenera en la cesación del cobro, quedando sin causa el proceso, por sustracción de materia.

Vale indicar que tal asunto fue formulado como reparo y por tanto es objeto de la apelación, pues la demandada Piedad Cecilia sostuvo que la estipulación transaccional contraviene el ordenamiento jurídico y; además, es doctrina de la Sala de Casación Civil que el juez de segunda instancia no está limitado por el objeto de la alzada en las materias en que

se impone su pronunciamiento, entre las cuales se contempla el reexamen del título ejecutivo[9].

4. FUNDAMENTO JURÍDICO.

4.1. Requisitos del título ejecutivo

El artículo 422 del CGP dispone 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 (…)".*

Conforme la disposición en cita, la viabilidad de la acción ejecutiva se edifica sobre un documento cualificado que cumple las condiciones de claridad, exigibilidad y expresividad y tiene la virtualidad de producir un grado de certeza tal que de su lectura se evidencie la confluencia de los requisitos legales mínimos para estimar la ejecución judicial. Tales cualidades también pueden provenir de un conjunto de documentos que, concatenados, reúnen las condiciones para ser reclamados por la vía del proceso ejecutivo, esto es, el denominado título ejecutivo complejo.

El CGP regula desde la perspectiva procesal, las ejecuciones por obligaciones de dar (art. 432), hacer (art. 433) y no hacer (art. 435), consagrando, para cada una de ellas, un trámite específico y ciertas particularidades; las obligaciones derivadas de la suscripción de documentos se encuentran reguladas en el art. 434, corresponden a un hecho debido de carácter personalísimo, consistente en *"(…) suscribir una escritura pública o cualquier otro documento (…)",* hecho que de no ser realizado por el ejecutado, corresponderá al juez hacerlo a nombre suyo, quedando así satisfecho el interés del acreedor, la demanda debe acompañarse del título ejecutivo y la minuta del documento que debe ser suscrito[10]; a su turno, el art. 436 dispone que, el cumplimiento forzado "*no podrá llevarse a efecto sino una vez ejecutoriada la providencia que ordene seguir adelante la ejecución".*

---

[9] Sentencia SC3918-2021 del 8 de septiembre de 2021 "*En este orden se tiene que, como regla de principio, la decisión del superior está restringida a los argumentos expuestos por el apelante, lo que no obsta para que sentencie sobre temáticas respecto de las cuales el ordenamiento le impone pronunciarse motu proprio, por estar íntimamente relacionadas con el asunto sometido a su conocimiento, verbi gratia, las restituciones mutuas derivadas de distintas modalidades de decaimiento de un acuerdo de voluntades (CSJ SC 020 de 2003, rad. 6610; SC10097 de 2015, rad. 2009-00241); el deber de reexaminar en juicios coactivos el título ejecutivo aportado a efectos de determinar la cabal concurrencia de sus requisitos (CSJ STC15169 de 2019, rad. 2019-01721; CSJ STC13428 de 2019, rad. 2019-01460); entre otros eventos.*"

[10] Dispone el art. 434 del CGP: *"ARTÍCULO 434. OBLIGACIÓN DE SUSCRIBIR DOCUMENTOS. 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 (…)".*

De acuerdo con estas disposiciones legales es requisito indispensable que, previo a librar mandamiento se verifique la existencia de un documento que satisfaga los presupuestos esenciales para la estructuración del título ejecutivo. Lógicamente cuando la ejecución es de origen contractual, es deber del juez efectuar un control de legalidad en el cual verifique que, la prestación que se reclama recae sobre un objeto lícito, definido en el artículo 1519 del Código Civil como *"todo lo que contraviene al derecho público de la nación",* a su vez el art. 1523 dispone "*hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes*". Requisito que, por tanto, está íntimamente ligado a la exigibilidad de la obligación, pues conforme el numeral 3 del artículo 1502 del mismo estatuto "*para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: (…) que recaiga sobre un objeto lícito",* por consiguiente, su ausencia conllevaría a la falta de constitución del título ejecutivo.

4.2. Deber de examen oficioso del documento base de la ejecución

La Corte Suprema de Justicia ha establecido el deber que le asiste al fallador de examinar oficiosamente en primera o segunda instancia, el documento base de la ejecución, aun cuando se haya librado orden de apremio, en aras de verificar el efectivo cumplimiento de los presupuestos legales del título ejecutivo que viabilice la continuación de la ejecución.

Ha sostenido la Corte:

> *"(…) De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañedero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem (…)".*
>
> *"En conclusión, la hermenéutica que ha de dársele al canon 430 del Código General del Proceso no excluye la «potestad-deber» que tienen los operadores judiciales de revisar «de oficio» el «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia, ya sea esta de única, primera o segunda instancia (…), dado que, como se precisó en CSJ STC 8 nov. 2012, rad. 2012-02414-00, «en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo (…) Sobre esta*

> *temática, la Sala ha indicado que "la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal (…)"[11].*

En suma, el fallador se encuentra habilitado y es su deber volver al examen de las condiciones de claridad, exigibilidad y expresividad exigidas por el legislador para corroborar la idoneidad del documento que sirve de soporte a la acción ejecutiva.

5. CASO CONCRETO.

En este caso se probó que el 27 de septiembre de 2019 quienes concurren como partes y otras personas celebraron un contrato de transacción[12] y, particularmente, en la cláusula 2.5 de la Sección II acordaron:

> *"se suscribirá ante la Fiscalía un escrito por parte de Diego y Piedad Cecilia Casas, como por su apoderado judicial, en el que se solicita la terminación de la investigación penal, en virtud de este acuerdo o transacción. Igualmente se dejará constancia ante la Fiscalía que los denunciantes, como su apoderado judicial no se opondrían, en virtud del anterior escrito, a ninguna forma de terminación anormal de la investigación penal, esto es, por desistimiento, archivo de las diligencias, preclusión procesal, o principio de oportunidad, ya que los delitos no son querellables".*

Asimismo, se estipuló clausula penal en los siguientes términos:

> *"6. CLAUSULA PENAL. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones aquí pactadas, las partes de manera voluntaria acuerdan que se pagaría una penalidad de doscientos millones de pesos ($200.0000.000)."*

La demanda se acompañó del contrato de transacción con base en el cual se libró orden de apremio tendiente a la suscripción de documento con destino a la Fiscalía con el fin de terminar la investigación penal en curso y el pago de suma de dinero por concepto de cláusula penal[13].

---

[11] CSJ. STC4808 de de abril de 2017, exp. 11001-02-03-000-2017-00694-00, reiterada en STC4053 de 22 de marzo de 2018, exp. 68001-22-13-000-2018-00044-01 y STC 3298 del 13 de marzo de 2019, exp. 25000-22-13-000-2019-00018-01.
[12] Ver carpeta 01 EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO / archivo 03AnexosDemanda páginas 7-35
[13] Ibidem archivo *05LibraMandamientoPagoNotificacion*

Corresponde de manera primigenia abordar la verificación de los requisitos establecidos en el artículo 422 del CGP, a fin de establecer si la obligación que se ejecuta resulta ser clara, expresa y exigible, examen indispensable, por cuanto constituye el pilar de la decisión, pues corresponde al fallador oficiosamente proceder a su análisis de manera prevalente, sin que la orden de mandamiento de pago constituya una limitación en tal sentido, tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Considera la Sala que la prestación originada en una transacción, consistente en la suscripción de un documento a través del cual se solicite a la Fiscalía la culminación de una investigación penal se encuentra viciada de objeto ilícito, por ende, constituye una obligación inexigible.

En efecto, según las voces del artículo 2469 del Código Civil, la transacción *"es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual",* transacción que, a tono con el artículo 2742 *"puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; <u>pero sin perjuicio de la acción criminal</u>" (Subrayado fuera del texto),* lo cual quiere significar que, es posible transigir asuntos de carácter civil, pero de ninguna manera una acción penal.

A partir de allí, emerge que la transacción que recaiga sobre una acción penal, se encuentra desde su misma naturaleza viciada por objeto ilícito, conforme lo establece el artículo 1523 del Código Civil, que prevé: *"hay así mismo objeto ilícito <u>en todo contrato prohibido por las leyes</u>" (Subrayado fuera del texto).*

El contrato de transacción entre las partes, no tenía como finalidad formular una mera solicitud que no produjera ningún efecto, como lo consideró la *a quo*, sino que buscaba precisamente la terminación de la investigación penal que cursaba en contra de los demandantes. Así se concluye al apreciar los hechos de la demanda en los que, como aspecto fundamental de la *causa petendi,* se expuso el hecho de la captura del demandante Carlos Duque Sánchez y la continuidad de la investigación penal en contra de la demandada Paula Andrea Casas, cimentando en ello el mérito ejecutivo del documento:

> "*QUINTO: Los señores DIEGO y PIEDAD CECILIA CASAS, a la fecha no han cumplido con la obligación, y prueba de ello, es que le día 7 de diciembre de 2019 capturaron al señor CARLOS DUQUE y en la actualidad el proceso penal continua en su contra, al igual que la investigación en contra de la señora PAULA CASAS. Derivándose la existencia de una obligación actual, expresa, clara y exigible.*"[14]

[14] Ver archivo "*02Demanda.pdf*" página 5.

Recuérdese que, la transacción busca precaver un litigio eventual o terminar uno en curso, luego no puede predicarse que, independientemente del resultado o la decisión que corresponde a la autoridad competente, la estipulación resultaba válida por corresponder a la simple suscripción de documento, independiente de su resultado, cuando el propósito de la transacción no fue otro más que la extinción de la investigación de la Fiscalía y de los otros litigios en curso.

La terminación de la acción penal era la finalidad perseguida por los extremos contractuales, tal como se advierte del mismo contrato de transacción cuando luego de pactar la suscripción del documento, se menciona: *"las partes entienden solucionadas todas las diferencias derivadas de todos los hechos que se controvierten en los procesos e investigaciones adelantados ante los diferentes juzgados, fiscalía y ente disciplinario" (Subrayado fuera del texto).*

En tal escenario, se puede advertir de manera clara la ilicitud de la cláusula contenida en el numeral 2.5 del contrato de transacción, en la medida que recae sobre una acción penal, asunto sobre el cual está proscrito el contrato de transacción (art. 2472 CC).

Adicionalmente, destáquese que constituye objeto ilícito *"todo lo que contraviene al derecho público de la nación"* (art. 1519 CC) y, en este caso el compromiso contractual va en contravía de las normas y principios que rigen en materia de derecho penal.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico penal regula las causas por las que cesa el interés de investigar, juzgar y sancionar las conductas transgresoras, concretamente, el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 dispone las causas de extinción de la acción penal, cuerpo normativo que establece además la autoridad a quien compete su resolución, asunto que no es disponible por los denunciantes, las víctimas u otro actor diferente de la Fiscalía y el Juez[15], según sea la causal de extinción que se promueva.

Con relación al desistimiento de la acción penal, solo procede frente a delitos querellables según el artículo 76 de la Ley 906 de 2004, los cuales corresponden a aquellos que no tienen señalada pena privativa de la

[15] Dispone el artículo 250 de la Constitución Política: *"La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías (…)".*

libertad con las excepciones previstas en el artículo 74 ibidem[16].

En el caso concreto se indicó en el mismo documento transaccional que los delitos en investigación penal no eran querellables, afirmación que concuerda con la prueba documental aportada con la contestación a la demanda.

Efectivamente, en el auto del 12 de junio de 2020 del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Corozal, se observa que a los aquí demandantes se les formuló imputación por los delitos administración desleal en calidad de autor, fraude procesal en calidad de autor, falsedad ideológica en documentó privado en calidad de autor y enriquecimiento ilícito como cómplice[17], conductas punibles que, a la luz del artículo 76 CPP, no

---

[16] Prevé la norma: "*ARTÍCULO 74. CONDUCTAS PUNIBLES QUE REQUIEREN QUERELLA. <Artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 2197 de 2022 -corregido por el artículo 10 del Decreto 207 de 2022-. El nuevo texto es el siguiente:> Para iniciar la acción penal será necesario querella en las siguientes conductas punibles:*

1. Aquellas que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, con excepción de: Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C. P. Artículo 193); Divulgación y empleo de documentos reservados (C. P. Artículo 194); Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C. P. Artículo 416); Revelación de secreto (C. P. Artículo 418); Utilización de secreto o reserva (C. P. Artículo 419); Utilización indebida de información oficial privilegiada (C. P. Artículo 420); Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C. P. Artículo 421); Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C. P. Artículo 431); Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C. P. Artículo 432).

2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. Artículo 112 incisos 1 y 2); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. Artículo 113 inciso 1); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. Artículo 114 inciso 1); parto o aborto preterintencional (C. P. Artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. Artículo 120); omisión de socorro (C. P. Artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. Artículo 201); injuria (C. P. Artículo 220); calumnia (C. P. Artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. Artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. Artículo 226); injurias recíprocas (C. P. Artículo 227); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. Artículo 230); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. Artículo 239 inciso 2); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. Artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. Artículo 246 inciso 3); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. Artículo 248); abuso de confianza (C. P. Artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. Artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. Artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. Artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. Artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. Artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. Artículo 259); usurpación de tierras (C. P. Artículo 261); usurpación de aguas (C. P. Artículo 262); invasión de tierras o edificaciones, cuando el avalúo del inmueble no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. Artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. Artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. Artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. Artículo 305); falsa autoacusación (C. P. Artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. Artículo 445); Violación de los derechos de reunión y asociación (C. P. Artículo 200).*

PARÁGRAFO 1o. No será necesario querella para iniciar la acción penal respecto de casos de flagrancia o en los cuales el sujeto pasivo sea menor de edad, inimputable o se refieran a presuntas conductas punibles de violencia contra la mujer.

PARÁGRAFO 2o. No será necesaria la querella, cuando el delito de invasión de tierras o edificaciones recaiga sobre bienes del Estado".

[17] Ibidem archivo *17ContestacionDemanda* página 33

clasifican como delitos querellables, luego no admiten la figura del desistimiento.

Bajo tal panorama, es ineludible que la obligación de suscribir un documento con fines de extinción de una investigación penal por delitos no querellables resulta abiertamente contrario al ordenamiento jurídico y por tanto viciada de objeto ilícito.

Se reitera, el efecto perseguido con la transacción no es otro que la extinción de la acción penal, por tanto, la convención transaccional al respecto estaba restringida, no podía emanar de la voluntad de quienes concurren como demandados. De tal manera, hay una razón muy fuerte para estimar la inexigibilidad de la voluntad plasmada por las partes en la cláusula 2.5 del negocio tantas veces mencionado, por cuanto contiene un pacto proscrito por la ley.

Falta de exigibilidad del título ejecutivo que, no solo se fundamenta en el objeto ilícito sobre el cual recae el pacto, sino en la falta de estipulación de plazo o condición, nótese que la cláusula contractual de la cual emana la obligación de hacer, nada estipuló al respecto, de manera que, su ausencia también permite concluir carente de exigibilidad el título.

La exigibilidad implica conocer, sin duda alguna, el momento a partir del cual, el acreedor puede cobrar la prestación que se debe, si no se desprende claramente de la literalidad del documento que soporta ejecutivamente la acción, no constituye plena prueba en contra de quien es demandado como obligado a satisfacer la pretensión ejecutiva, luego el título carece de valor ejecutivo.

Sumado a ello, el pacto se estableció en los siguientes términos "*se suscribirá ante la Fiscalía un escrito por parte de Diego y Piedad Cecilia Casas, <u>como por su apoderado judicial</u>",* sin que se especifique el mandatario a cuyo cargo se encontraba la satisfacción de la pretensión, luego, el título también adolece por ausencia de claridad, pues del contenido de la cláusula contentiva de la obligación de suscribir documento, no se desprende manifiestamente quiénes son los llamados a su cumplimiento.

Una obligación es clara cuando no se deriva confusión respecto de los elementos constitutivos de la obligación, entre ellos, la determinación de la persona a quién corresponde satisfacer la prestación debida, sin que la naturaleza del proceso permita librar orden de apremio con base en interpretaciones, pues no es el escenario para debatir la certeza del contenido de la obligación, el llamado a cumplirla, su entidad y alcance, sino que la reclamación debe ser plenamente evidenciable.

Así las cosas, ademas de contraerse la prestación reclamada a un objeto ilícito que deriva en la falta de exigibilidad de la obligación, también es palpable la ausencia de tal elemento, por encontrarse el pacto desprovisto de la fijación del plazo en que debía ser satisfecha la obligación o del advenimiento de una condición y, aunado a ello, el título carece de claridad por la incertidumbre en relación a los deudores de la obligación que se reclama.

En ese escenario, resulta inviable el cumplimiento forzado por la vía del proceso ejecutivo, no solo de la obligación de suscribir documento, sino también de la cláusula penal, pues es una obligación expresamente condicionada por la procedencia de la obligación principal.

En definitiva, la transacción presentada por los ejecutantes como título ejecutivo no reúne las condiciones demandadas por el artículo 422 del CGP para solicitar la suscripción de documento con destino a la Fiscalía, donde se solicite extinguir una investigación penal por delitos no querellables, específicamente, por falta del requisito de exigibilidad por objeto ilícito y de fijación de plazo o condición. Además, el título carece de claridad frente al responsable de cumplir el pacto, en consecuencia, no puede ser objeto de ejecución la cláusula penal dada su condicionamiento a la obligación principal. Razones suficientes para que, en cumplimiento del deber de control de legalidad del mandamiento ejecutivo que le asiste al *ad quem*, se revoque la sentencia de primera instancia, se ordene cesar la ejecución y se condene en costas a los demandantes de conformidad con el numeral 4 del artículo 365 del CGP.

Como las razones expuestas justifican revocar íntegramente la decisión de primera instancia de manera oficiosa, resulta irrelevante entrar a analizar los motivos de reproche expuestos por los recurrentes.

6. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN.

La obligación contraída en contrato de transacción consistente en la suscripción de un documento con destino a la Fiscalía General de la Nación, con el objeto de terminar una investigación penal en curso por delitos no querellables, se encuentra viciada de objeto ilícito por cuanto la ley prohíbe transar sobre la acción penal y contraría disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico, tal circunstancia, sumada a la falta de fijación del plazo o condición para el cumplimiento de la obligación, lleva a concluir la falta de exigibilidad del título ejecutivo, el que además, está desprovisto de claridad por ausencia de individualización de los deudores. La falta exigibilidad y claridad como requisitos esenciales, impiden la constitución de un título ejecutivo.

En consecuencia, en cumplimiento del deber oficioso que le asiste al fallador de primera o segunda instancia para examinar la legalidad del título, se revocará la sentencia anticipada y se ordenará cesar la ejecución respecto de la totalidad de las obligaciones demandadas, teniendo en consideración que, la clausula penal se encuentra condicionada a la suerte de la obligación principal.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

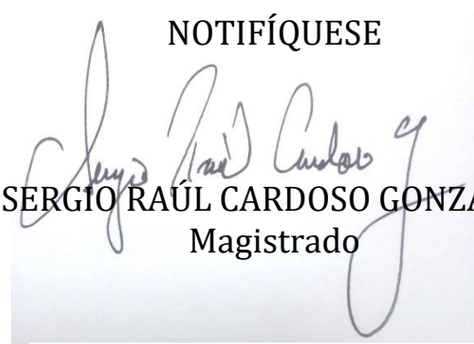
7. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia anticipada proferida el 26 de enero de 2021. En consecuencia, se ordena **CESAR LA EJECUCIÓN**, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante, fijando como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, una vez se encuentre ejecutoriada la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
Magistrado

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
Magistrado

(*Con aclaración de voto*)
JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA CIVIL

Medellín, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)
Ref.: Exp.: 05001 31 03 003 2020 00015 01

ACLARACION DEL VOTO

Compartiendo la decisión sometida a consideración, respetuosamente considero que el argumento central consistente en que el instrumento objeto del recaudo está viciado de objeto ilícito, no es así, sino, que tal documento carece de los elementos exigidos en el artículo 422 del C. G. del P..

Recordemos qué indicaba el escrito en recaudo en la parte pertinente:

> *"… se suscribirá ante la Fiscalía un escrito por parte de Diego y Piedad Cecilia Casas, como por su apoderado judicial, en el que se solicita la terminación de la investigación penal, en virtud de este acuerdo o transacción. Igualmente se dejará constancia ante la Fiscalía que los denunciantes, como su apoderado judicial no se opondrían, en virtud del anterior escrito, a ninguna forma de terminación anormal de la investigación penal, esto es, por desistimiento, archivo de las diligencias, preclusión procesal, o principio de oportunidad, ya que los delitos no son querellables".* Resaltados intencionales.

Con lo anterior, para nada se estaba transando el asunto penal, es más, se supeditaba a la competencia del ente instructor del Estado para lo pertinente, de donde la teleología u objetivo que alude la argumentación de la que me separo, es una conclusión propia que no se desprende del documento, la cual raya el límite de la especulación.

No obstante, y ahí sí coincido, el instrumento en cobro no satisface los requisitos “exigibilidad” y “claridad”, pues basta recordar lo indicado por la doctrina sobre los mismos, así:

> “… *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.*
>
> *“De manera que toda obligación que se ajuste a los preceptos y requisitos generales indicados presta mérito ejecutivo, por lo tanto, en el trámite de un proceso ejecutivo, el juez debe determinar si en el caso que se somete a su consideración se dan los supuestos exigidos en la norma referida*.”[1].

Entonces, en el caso en estudio, no se indica cuándo ha de suscribirse tal documento, lo cual ataca el requisito exigibilidad, ni tampoco se precisa el abogado que acompañará el documento con su firma, punto que riñe con el elemento claridad, y si ello se tocó en el proyecto, es lo que hace que acompañe la decisión, la cual se acompasa con un claro ejercicio del control de legalidad del instrumento en recaudo.

Cordialmente;

JOSE OMAR BOHORQUEZ VIDUEÑAS
Magistrado

[1] Sentencia T-747/13. 24 de octubre de 2013.