JOSE GILDARDO RAMIREZ GIRALDO
Magistrado

Referencia: EJECUTIVO
Demandante: JOHN FERNANDO GONZALEZ MONSALVE
Demandado: MARIA ALEJANDRA GAVIRIA MEJIA
Decisión: Confirma auto
Radicado: 05001 31 03 018 2022 00169 01
Auto Nro: 077

DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA UNITARIA DE DECISIÓN
Medellín, cinco de agosto de dos mil veintidós

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la providencia emitida el 14 de junio de 2022 por el JUZGADO DIECIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN, mediante la cual se DENEGÓ EL MANDAMIENTO DE PAGO.

ANTECEDENTES:

Mediante escrito presentado el 11 de mayo de 2022, el apoderado judicial del señor JHON FERNANDO GONZALEZ MONSALVE demandó a la señora MARIA ALEJANDRA GAVIRIA MEJIA, pretendiendo, se librara orden de pago por las sumas contenidas en las cláusulas penales de los contratos participación aportados como títulos ejecutivos, más los intereses de mora pactados.

EL AUTO IMPUGNADO

En providencia del 14 de junio de 2022 la *iudex a quo* decidió negar la orden de apremio al considerar que se no se cumplía con los requisitos exigidos en el Art. 422 del C. General del P.,

concretamente el de exigibilidad y claridad de los contratos aportados. Frente a ésta última decisión el ejecutante interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación, negándose el primero y concediendo el segundo mediante auto del 15 de julio último.

Fundamenta el recurso el inconforme indicando que se equivoca el juez de primera instancia al considerar que los contratos suscritos no reúnen los requisitos de claridad y exigibilidad contenidos en la norma procesal; señala que las partes al momento de redactar los contratos tuvieron presente la necesidad de ser totalmente claros, evidenciándose ello, en la estipulación de sus obligaciones reciprocas, articulando así los beneficios o réditos que serían percibidos por estos. Refirió que respecto de la ausencia de exigibilidad, alusiva a la falta fijación del día o la fecha concreta en que el demandante cumplió con su obligación, se debe acudir al principio que "el contrato es ley para las partes", pues el demandante cumplió a cabalidad con la entrega del dinero, esperando los beneficios en el plazo pactado, el cual era determinado y determinable, el cual puede no estar establecido como fecha, si reviste total claridad, al indicarse el número de días, luego de cumplida la obligación por parte del ejecutante.

Arguyó que el incumplimiento del demandado no es un asunto que deba probarse por el actor o declararse previamente en un proceso declarativo, basado en la negación indefinida, la excepción de mérito y la carga de la prueba, y no al demandante a quien corresponde probar que cumplió con sus obligaciones contractuales; insiste que en este asunto no debe demostrarse el incumplimiento del contrato, por el contrario debe ser la parte demandada quien mediante los medios exceptivos correspondientes demuestre que no debe ser

sujeto de ejecución de la cláusula penal, debiendo reconocerse la buena fe del demandante al impetrar la demanda ejecutiva.

Finalmente asevera que la interpretación realizada por el a quo desconoce la carga de la prueba en materia de obligaciones y acorde con lo previsto en el Art. 1757 del C. Civil, en donde se establece claramente que es al deudor a quien le corresponde probar la extinción, cumplimiento o ausencia de responsabilidad, respecto de la obligación que se pretende ejecutar; lo cual también se apoya en lo establecido en el Art. 1609, en desarrollo de la excepción de contrato no cumplido. Adicionalmente iría en contravía de lo establecido en el Art. 425 del C. G. del P.

Por lo anterior, solicitó se revoque el auto apelado y se libre mandamiento de pago como se solicitó en la demanda.

Siendo la oportunidad para resolver a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. El artículo 11 del C. General del P. reza: *"Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias";* bajo esta premisa se procederá a resolver.

2. Indica el Art. 422 del C. General del P. 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 el 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 que señale la ley".*

Entonces según la doctrina[1] y la jurisprudencia[2] la base de cualquier ejecución es la existencia de una obligación clara, expresa y exigible. Que sea expresa significa que no puede aparecer implícita o tácita, debe ser una declaración precisa de lo que se quiere, que se exprese la obligación en el escrito u oralmente si el documento es de esta naturaleza, que el documento declare o manifieste en forma directa la prestación, que se aprehenda directamente sin que sean necesarios raciocinios o deducciones, hipótesis o teorías y es preciso que con la sola lectura se aprecie la obligación en todos sus términos.

Que se clara es que la obligación sea fácilmente comprensible, no puede aparecer de manera confusa, no puede sugerir un entendimiento en varios sentidos, sino a penas uno. Adicional a esto las características[3] de esta claridad son: inteligibilidad, es decir una redacción estructurada en forma lógica y racional; explicitación, que lo expresado por cada uno de los términos consignados en el documento indiquen en forma evidente el contenido y alcance de la obligación; precisión o exactitud, que todos los elementos de la

---

[1] QUINTERO, Beatriz, *"Técnicas de Derecho Procesal Civil Colombiano" Parte Espacial,* Ed. Leyer, Bogota D.C. Pág. 181 y ss.
[2] Sentencia Nor. 023, del 10 de julio de 2008 Tribunal Superior de Medellín, M.P. Juan Carlos Sossa allí indicó: *"El ponente comparte el criterio expuesto por quien fuera Magistrada de esta misma corporación, la Dra. Beatriz Quintero de Prieto, en el sentido que la excesiva complejidad del documento sometido a fórmulas financieras, no concebidas como simples operaciones aritméticas, son más que suficientes para enmarañar, obnubilar, cualquier consideración de un lego en la materia…"*
[3] La Dra. Beatriz Quintero citando a Nelson Mora

obligación objeto y sujetos estén determinados en forma exacta y precisa, certidumbre respecto del plazo, cuantía. La claridad se relaciona íntimamente con la exigencia de que la obligación sea expresa, la claridad debe emerger del propio título sin que sea permitido acudir a razonamientos o circunstancias aclaratorias que no se consignen en él.

Que sea exigible es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata por no estar sometida a plazo, condición o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura y simple. Entonces dos obligaciones impiden la exigibilidad de la obligación, el plazo y la condición y se requiere que la misma sea exigible.

4. Presume la ley que la cláusula penal constituye una estimación anticipada de todos los perjuicios que se generen por el incumplimiento de la obligación principal, lo que hace que no sean acumulables, salvo disposición en contrario y así lo indica el Art. 1564 del C. Civil al determinar 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 de 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.*"

La Corte Suprema de Justicia[4], en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ella indicando que: "*Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el*

[4] Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente No. 4607

incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato."

Igualmente, dicha Corporación[5] sobre tema hace las siguientes apreciaciones:

- La cláusula penal cumple variadas funciones, como la de ser una tasación anticipada de los perjuicios, o la de servir como una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir con sus obligaciones.

- Es interesante también insistir en la forma de interpretar la cláusula penal, pues por lo general se deben entender como tasación anticipada de perjuicios y sólo por pacto expreso e inequívoco en palabras de la Corte, se pueden considerar en sentido de cumplir las otras funciones. De aquí se desprende que, si hay dudas en la

[5] Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente No. 4607

interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios.

- El pacto de la cláusula penal facilita la exigibilidad del pago de los perjuicios causados, así como de la sanción convencional a manera de apremio o de garantía, pues al tenor del artículo 1599 del Código Civil *"habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."*

- Cuando el deudor deshonre su compromiso, el acreedor tiene el derecho a exigirle que le satisfaga su crédito, en forma inmediata, o reconviniéndolo para constituirlo en mora, según el caso. Ante la mora, el acreedor puede acudir al juez para pedirle que lo ejecute y obligue a cumplir con lo pactado, siempre que el correspondiente contrato preste mérito ejecutivo. Dicho de otra forma, en la medida en que el contrato reúna las condiciones para servir de título ejecutivo, las obligaciones que allí se encuentran pueden ser ejecutadas por el juez; pero si no tiene esta fuerza, entonces el acreedor cumplido debe proceder a instaurar un proceso judicial de conocimiento, para que el juez proceda a efectuar las declaraciones y condenas que se deriven del contrato y del incumplimiento.

- Lo dicho, que se predica de todos los contratos, es también aplicable a la cláusula penal, de suerte que si hay mora, lo obvio es que el deudor pague la obligación accesoria acordada en la cláusula penal, y si no lo hace, el acreedor puede solicitar a la judicatura que ejecute a su deudor para hacer efectivo el cobro de la sanción; salvo que el contrato no preste mérito ejecutivo, caso en el cual habrá que

acudir al juez para que declare que el deudor está obligado a pagar el valor de la pena estipulada. Se anota que para exigir el pago de una cláusula penal no es necesario que el juez declare el incumplimiento del contrato basta que esté en mora o haya sido reconvenido, puesto que la proposición en la que se afirme el incumplimiento del deudor, no debe probarse dentro del proceso ejecutivo.

5. Para el caso, se tiene que dentro con la demanda se aportaron cuatro contratos denominados "CONTRATO DE CUENTAS DE PARTICIPACION"; en donde el demandante señor González como participante oculto realizaba un aporte de un monto para la comercialización de aguacates hass, y la señora Mejía realizaría las actividades propias de comercialización, promoción, mercadeo y venta del mencionado producto en el mercado nacional y/o a empresas empacadoras con fines de exportación.

En el primero de los contratos el ejecutante se obligó a consignar a la demandada la suma de $24.000.000.oo y en literal 'c' de la cláusula segunda se comprometió a: "*Realizar la devolución del capital invertido a un plazo de 35 días calendario, más las utilidades derivadas de la venta y comercialización del Aguacate Hass según el porcentaje obtenido aparte de la inversión el cual deberá demostrarse a libro abierto para que el PARTICIPANTE OCULTO pueda verificar los números y estados de cuenta generados en las liquidaciones obtenidas*.".

Allí en la cláusula octava se pactó además que "*Toda controversia relativa a la celebración, ejecución y liquidación de este contrato no comprendida en el presente acuerdo de voluntades se resolverá amigablemente entre las partes, dentro de los TREINTA (30) días siguientes a la solicitud que curse por escrito una de ellas a la otra*…". Y en la cláusula décima se estableció: "*Cualquier*

incumplimiento preceptuado del presente acuerdo de voluntades por parte del PARTICIPANTE GESTOR o de cualquiera de sus obligaciones derivadas de este contrato lo constituye en deudor de una cláusula penal a favor del PARTICIPANTE OCULTO por valor de VEINTICUATRO MILLONES ($24.000.000) vigentes a la fecha del incumplimiento, sin menos cabo de las sumas reconocidas en las cláusulas del presente acuerdo de voluntades".

En el contrato número dos se pactaron en las mismas condiciones las cláusulas, pero el valor de la inversión y de la cláusula penal fue de $35.200.000. En el contrato número tres se suscribió por la suma de $135.800.000. El contrato número cuatro por $91.000.000.

De lo anterior se desprende que para poder ejecutar a la demandada por el cobro de la cláusula penal debe constituirse en mora al deudor, entendiéndose por tal el no cumplimiento de la obligación una vez producida la exigibilidad de la misma y debiendo el acreedor, a través de los medios idóneos, reconvenir al deudor para el pago; situación que no se dio en este caso pese a que las partes así lo pactaran en la cláusula octava, al indicar que debía realizarse dicho requerimiento mediante comunicación escrita.

Ahora y en gracia de discusión, tampoco podría ejecutarse dicha prestación, toda vez que es claro que cuando se pretenda el cobro de la cláusula penal sancionatoria es preciso acudir al proceso declarativo, pues su exigibilidad pende de una valoración probatoria para proferir una condena, lo cual es actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo, más particularmente, al auto de mandamiento de pago. Es que lo anterior tiene sentido si se analiza a fondo lo pactado en el literal 'c' de la cláusula segunda transcrita, pues no se tiene claridad desde cuando se empezarían a contar los 35 días calendario, dado que no se estipuló concretamente el inicio

de éste término, pues contrario a lo dicho por el inconforme allí no se determinó que sería después de entregado el dinero de la inversión por parte del señor Juan Fernando González, indeterminación que hace que en este momento las obligaciones allí pactadas no se encuentren en mora.

6. Colofón de lo expuesto, es claro que los contratos aportados no son claros y mucho menos exigibles, debiendo **CONFIRMAR** el auto objeto de alzada en su integridad. Sin costas en esta instancia, pues no se causaron.

DECISIÓN:

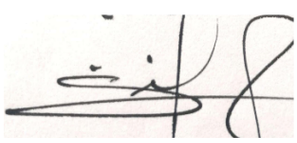
En mérito de lo expuesto, **LA SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha y procedencia indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE



(Firma scaneada conforme al Art. 11 del Decreto 491 del 28 de Marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho)

JOSE GILDARDO RAMIREZ GIRALDO

Magistrado