TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL
Medellín, dos de mayo de dos mil veintidós

Procedimiento: Ejecutivo
Radicado: 05266 31 03 002 2021 00059 01
Demandante: Urbanización Zarzamora P.H.
Demandado: 4G Ingenieros Civiles S.A.S.
Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Martín Agudelo Ramírez

ASUNTO

Resolver la apelación de la ejecutante en contra del auto del 11 de marzo de 2022, mediante el cual se negó mandamiento de pago.

ANTECEDENTES

Urbanización Zarzamora P.H. pretende que se libre mandamiento de pago por la cláusula penal contenida en el acuerdo privado firmado con la ejecutada.

Como soporte de su ejecución afirmó que en el acuerdo privado allegado, la ejecutada se obligó a respetar una servidumbre de vista en los precisos términos consagrados en el acuerdo; sin embargo, incumplió al construir unas chimeneas o extractores de olores ubicados en el costado colindante a la urbanización demandante, incumpliendo así claramente con la obligación de no hacer.

Que en su calidad de ejecutante cumplió con todas las obligaciones a su cargo. Que el documento presta mérito ejecutivo, porque así se estipuló y las partes renunciaron a los requerimientos para constituirse en mora.

2. El *a quo* mediante auto del 11 de marzo de 2022 negó el mandamiento de pago. Después de realizar consideraciones sobre la posibilidad de ejecutar la cláusula penal, señaló que siempre se tratará de un título ejecutivo complejo, en el que además del documento-contrato, deberá aportarse el documento que acredite el cumplimiento o allanamiento a cumplir y el documento que acredite el incumplimiento de la parte ejecutada.

Que a pesar de que en la demanda se enunció que se allegaron unas fotografías que daban cuenta del incumplimiento, no se aportaron, en consecuencia no hay prueba del incumplimiento.

El *a quo* consideró adicionalmente que si bien los documentos podrían demostrar incumplimiento en ciertos eventos:

> Se tendrían que practicar varias pruebas, como un peritaje en el predio que muestre las construcciones e instalaciones presuntamente inadecuadas realizadas por la parte pasiva, pues se debe tener en cuenta que el desarrollo pactado tiene implícito una variedad de parámetros y requisitos, y para determinar que los mismos no fueron cumplidos a cabalidad, podría implicar que un experto en el área, concluya que efectivamente el proyecto fue ejecutado con falencias; pruebas cuya practica es previo a la demanda ejecutiva, no un debate propio de un proceso ejecutivo

Finalmente, concluyó que no sólo el contrato del que emanan las obligaciones debe cumplir con los atributos del título ejecutivo del art. 422 del CGP, sino que todos los documentos que conforman el título ejecutivo complejo deben contener esas características. Así del documento que acredité el incumplimiento del demandante debe desprenderse con claridad lo que se pretende probar.

3. El ejecutante apeló. Señaló que por error humano no se adjuntaron las fotografías que daban cuenta del incumplimiento de la ejecutada, pero en las fotos que con el recurso aportó, se evidencia la ubicación de las chimeneas o extractores de olores al costado colindante de la urbanización ejecutante.

Que la evidencia del incumplimiento de la ejecutada ante la no presentación de las fotografías, daba lugar a aplicar el numeral 2 del art. 90 del CGP. El

legislador previó los casos en los que se puede inadmitir la demanda por faltar los anexos que la ley prevé.

Por tanto, aportadas las fotografías que demuestran el incumplimiento, debe reponerse la decisión o revocarse en apelación para librarse mandamiento de pago.

4. El *a quo* negó la reposición. Señaló que si bien las fotografías aportadas tienen buena resolución, no dan cuenta que se trate del edificio de la propiedad horizontal demandante, porque en las imágenes no dan cuenta de nomenclatura que permite identificar inequívocamente las edificaciones.

CONSIDERACIONES

El artículo 430 del CGP preceptúa: *"presentada 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*".

De esta norma, se advierte el protagonismo del título ejecutivo en este tipo de procesos. Incluso, no es necesario que el libelo genitor coincida con él, basta que preste mérito ejecutivo para que el juez imperativamente libre mandamiento como lo considere legal. Es una de las características diferenciadoras de esta pretensión respecto a las declarativas o de condena. En estas, el libelo genitor debe coincidir con los anexos aportados, so pena de inadmisión y rechazo, mientras que en aquella, si el título no coincide con la demanda, pero cumple con los requisitos del 422 del CGP, desde la etapa liminar se desatiende la pretensión y se libra mandamiento como el juez lo considere legal.

Lo anterior para significar que, si bien la expresión "*acompañada de documento*" del artículo 430 *ib.* da lugar a concluir que el título ejecutivo es un anexo de la demanda, no se trata de uno al nivel de un anexo de cualquier otro tipo de demanda.

De otro lado, el art. 84 *ib.* preceptúa que a la demanda deben acompañarse los demás anexos que determine la ley y que según el art. 90 *ib.* se inadmite, so pena de rechazo cuando falta algunos.

Así entonces, de conformidad con el artículo 430 del CGP la falta del anexo **título ejecutivo** impide que se libre mandamiento de pago y el artículo 90 y 84 *ib.* permiten la interpretación del apelante según la cual la falta de título, en este caso, impone la inadmisión.

Se presenta en ese caso una antinomia, según la cual hay dos normas aplicables al caso que consagran dos consecuencias jurídicas distintas: la falta de título ejecutivo como anexo de la demanda da lugar a inadmisión, so pena de rechazo, o da lugar a no librar mandamiento de pago.

Para resolver esta falta de coherencia del ordenamiento jurídico debe adoptarse alguno de los criterios legales (Ley 153 de 1887, artículo 2) para solucionarla: cronológico, jerárquico o de especialidad.

Aunque los artículos 84 y 430 del CGP hacen parte de la misma ley, publicada el 12 de julio de 2012, este criterio -el cronológico- está ligado a conceptos de vigencia, por lo que en este caso, ambas normas, a pesar de la gradualidad de vigencia del Código General del Proceso, los hicieron simultáneamente el 1 de julio de 2014. De otro lado, se trata de dos normas en la misma jerarquía del ordenamiento jurídico.

Por tanto, el criterio para resolver el presente asunto es el de especialidad, para lo cual es patente que en el proceso ejecutivo la falta del anexo título ejecutivo impide que se libre mandamiento de pago. Los artículos 90 y 84 establecen una consecuencia jurídica de carácter general, aplicable al supuesto de hecho de faltar **alguno** de los anexos que sea necesario para cualquier tipo de demanda; sin embargo, el artículo 430 *ib.* regula expresamente la consecuencia de que no se aporte el anexo del documento que presta mérito ejecutivo.

En consecuencia, no se trata de concluir o no, como argumenta el apelante, que el requisito de allegar las fotografías, mismas que integrarían el título ejecutivo complejo necesario para ejecutar la clausula penal, es un requisito subsanable, bastando con aportarlas en el término dado en la inadmisión; el problema jurídico consistía en determinar si se aplicaba el art. 90 o el 430 del CGP.

Ahora, la norma que resulta aplicable al presente caso es el artículo 430 del CGP, por ende, es en esta fase liminar en la que se califica si el documento base de recaudo -complejo en este caso- presta o no mérito ejecutivo, y en virtud de esta calificación se podrá llegar a la conclusión de no librar mandamiento de pago; de ahí que sea una decisión conforme a derecho la que se apeló. Luego, como la norma aplicable al presente caso es el artículo 430 del CGP, se confirmará la providencia recurrida.

Adicionalmente, no puede caer al vacío la consideración presentada por el *a quo* en el auto que resolvió el recurso de reposición, puesto que también es cierto que las fotografías no aportan la claridad necesaria para demostrar sin ejercicios argumentativos y por si mismas, que la ejecutada indefectiblemente incumplió el contrato.

En este caso, resulta determinante la información que en las fotografías extrañó el juzgado; a saber, que no hay certeza de que correspondan a los inmuebles dominante y sirviente, porque no aparecen nomenclaturas en esas mismas fotos que identifiquen los predios.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín en Sala Unitaria de Decisión **RESUELVE: Confirmar** el auto de fecha y origen señalado.

Notifíquese y cúmplase

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

Magistrado