



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre del dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 13001-23-31-000-2005-01876-02 (42337)

Actor: CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES LTDA

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Proceso: Ejecutivo

Asunto: Recurso de apelación

Descriptor: Se modifica parcialmente la sentencia de primera instancia que declaró la excepción de pago total y en exceso de la obligación, en el sentido que se declara que el pago en exceso lo fue en un monto superior al reconocido por el a-quo, Restrictor: Documentos que se constituyen en un título ejecutivo/ El pago como modo de extinción de las obligaciones / /Las Excepciones de mérito en el proceso ejecutivo/ Los intereses y sus diversos tipos / La cláusula penal en los contratos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante **Concesiones y Construcciones Ltda** contra la sentencia del 12 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se declaró como probada de oficio la excepción de pago de la obligación reclamada; la ilegalidad de la cláusula penal que contenía el contrato de concesión celebrado entre las partes, razón esta última por lo cual se revocó el mandamiento de pago adicional que se había librado; y, finalmente, también se declaró la terminación del proceso por pago total de la obligación, en la modalidad de pago realizado por cualquier persona distinta al deudor.

I. ANTECEDENTES.

1. Lo pretendido.

El 19 de septiembre de 2005¹ la Sociedad **Concesiones y Construcciones Limitada** presentó demanda ejecutiva, solicitando que se librara mandamiento de pago a su favor y en contra del **Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias**, por las siguientes sumas a saber:

a. La suma de \$42.649.471.00 por concepto de capital e intereses de financiación y de mora, de acuerdo con la Resolución No.0006 del 24 de enero de 2003, emitida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital - Distrito de Cartagena de Indias.

b. La suma de \$980.938.144.43 por concepto de capital más los intereses de financiación y de mora, de acuerdo con la Resolución No. 0290 del 14 de agosto de 2003, proferida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital-Distrito de Cartagena de Indias.

c. La suma de \$3.584.793.986.00 por concepto de los intereses de financiación y de mora, de acuerdo con la Resolución No. 0435 del 29 de diciembre de 2003, emitida por el Departamento Administrativo de Valorización Distrital- Distrito de Cartagena de Indias.

Pretensiones que goblamente el actor afirmó, para el momento de presentación de la demanda, en la suma \$4.608.381.601,43

2. Título ejecutivo.

Como título ejecutivo complejo se allegó la siguiente documentación a saber:

i) El contrato de concesión VAL.001-06-98,² celebrado el 2 de junio de 1998 entre el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias y la Sociedad Concesiones y Construcciones Limitada, con las modificaciones y adiciones celebradas mediante los otros sí que se aportaron con la demanda³, ii) las Pólizas de seguro de cumplimiento No. 0210192675 expedida por La Previsora S.A. el 8 de junio de 1998⁴, No. 02751129 expedida por Seguros del Estado el 23 de octubre de 2002⁵, y la No. GU01, expedida el 16 de abril de 1999

¹ Folios 1 a 17 del C. No. 2.

² Folios 19 a 37 del C. No. 1.

³ Folios 38-64 del C. No.1.

⁴ Folio 92 del C. No. 2.

⁵ Folio 93 del C. No. 2

por Seguros Confianza, con sus respectivas modificaciones⁶ **iii)** Copias auténticas de las Resoluciones Nos. 0006 del 24 de enero de 2003, 0290 del 14 de agosto de 2003 y 0435 del 23 de diciembre de 2003, mediante las cuales se reconocieron disminuciones individualizadas de la contribución, sumas que, conforme a la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión, debían ser pagadas dentro del siguiente trimestre de cada resolución⁷.

3. Mandamiento ejecutivo.

Por medio del auto del 20 de febrero de 2006⁸ el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca libró orden de pago a favor de la firma Concesiones y Construcciones Ltda, en los siguientes términos:

- La suma VEINTISEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$26.960.929,00) de acuerdo a lo consignado en la Resolución 006 del 24 de enero de 2003.
- La suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$345.554.745,00) de acuerdo a lo establecido en la Resolución No. 001 13 de enero de 2003.
- La suma (sic) MIL CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES SETESCIENTOS CUARENTA MIL SESENTA Y SEIS PESOS (\$1.192.740.066,00) reconocidos en la Resolución No. 0435 de diciembre 29 de 2003.
- Para un total de MIL QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SETESCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$1.565.255.740,00).

Se ordenó igualmente el pago de intereses moratorios sobre las anteriores sumas de dinero, desde el momento en que se hizo exigible su cobro y hasta que se satisficiera el pago en su totalidad, al 2.5%. También se dispuso enterar a la demandada de ese mandamiento y que la misma cancelara dicha suma dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la providencia.

4. Medidas cautelares.

⁶ Folio 107 del C. No. 2

⁷ Folios 201-229 del C. No. 2.

⁸ Folios 328 y 341 del C. No. .

Mediante escrito separado de la demanda, la Sociedad ejecutante solicitó como medidas cautelares el embargo y secuestro de unas sumas de dinero, las que fueron decretadas mediante providencia del 20 de febrero de 2006 así⁹:

“Decretase el embargo y secuestro de las sumas de dinero que se encuentren depositadas o llegaren a depositar en los Bancos Centralizadores, GBS SUDAMERIS (Banco Tequendama fusionado con el Sudameris), de los recursos que administra la fiduciaria La Previsora y que están en las cuentas de ahorros y corrientes, que se hayan(sic) abiertas en el Encargo Fiduciario No. 1469; el embargo y secuestro de las sumas de dinero que tenga o llegare a tener el Distrito de Cartagena de Indias por concepto de sobretasa a la gasolina que se manejan en el Encargo fiduciario No. 1469 de Fiduciaria La Previsora mediante cuenta de ahorros abierta en BANCAFE; el embargo y secuestro de los dineros del Distrito de Cartagena de Indias que se encuentre o llegaren a depositar en el Fondo Común Ordinario dentro del Encargo Fiduciario No. 1469, de Fiduciaria La Previsora en la ciudad de Bogotá, y el embargo y secuestro de los dineros (sic) por concepto de sobre tasa a la gasolina que deban consignar las empresas Esso, Móbil, Terpel a favor del Distrito de Cartagena de Indias directamente en la fuente, y el embargo y secuestro de las sumas de dinero que se encuentren depositadas o llegare a depositar en los Bancos BOGOTA, AV. VILLAS, COLMENA,, COMERCAL DE AHORRO CONAVI, BANCOLOMBIA, UNION, SANTANDER, POPULAR, CITIBANK, DAVIVIENDA, ALIADAS S.A., ANGLOARMERICAN, BBVA, CAFEERAO, CAJA SOCIAL, OCCIDENTE, LLOYDS TSB BANC DE CRETOT, COMERCIO DE COLOMBIA, GRAN AHORRAR , MEGABANCO Y BANCO DE COLOMBIA”. Medida cautelar que se limitó la suma de \$2.347.883.610,00.

5. Excepciones propuestas.

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias propuso la excepción de pago por compensación, en escrito del 10 de marzo de 2006¹⁰. Esta excepción la sustentó en que el Distrito de Cartagena cumplió, incluso en exceso, el pago de las sumas consignadas en el mandamiento de pago, mediante las resoluciones de pago por compensación de números 300943 de diciembre 5 de 2005, 019 del 1º de febrero de 2006 y 052 del 20 de febrero del mismo año.

6. Reforma de la demanda Ejecutiva

⁹ Cuaderno de Medidas Cautelares, sin foliatura. No. 9.

¹⁰ Folios 374 a 381 del C. No. 3.

Mediante escrito presentado el 22 de marzo de 2006¹¹, la compañía ejecutante presentó reforma de demanda en la que solicitó adicionar el mandamiento de pago en un monto equivalente a \$393.356.866.35, correspondientes a la multa pactada en la cláusula vigésima tercera del contrato, consistente en el pago de \$5000.000.00 mensuales por cada por cada mes o fracción de mes de retardo en el pago.

7. Mandamiento de pago adicional

El Tribunal Administrativo de Bolívar libró mandamiento de pago adicional, en providencia del 16 de julio de 2006, por la suma de \$393.356.866.35¹²

En escrito radicado el 16 de agosto de 2006, las partes solicitaron la aprobación de un acuerdo transaccional que habían suscrito¹³; acuerdo que fue aprobado parcialmente por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante providencia del 12 de septiembre de 2006¹⁴; esta decisión fue apelada mediante recurso interpuesto por el apoderado de la sociedad ejecutante el 15 de septiembre de 2006¹⁵; y la apelación fue resuelta por el Consejo de Estado en providencia del 12 de agosto de 2009, mediante la cual revocó la aprobación de la transacción y ordenó continuar con el proceso ejecutivo¹⁶

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 12 de agosto de 2011 el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar declaró probada de oficio la excepción de pago, en la modalidad de pago por cualquier persona distinta al deudor, y en consecuencia revocó el mandamiento de pago librado el 20 de febrero de 2006; también declaró probada la excepción propuesta por la entidad demandada de ilegalidad de la cláusula 23 del contrato de concesión No. VAL- 001-06-98 de 2006, en virtud de la cual se había dictado mandamiento de pago adicional el 16 de junio de 2006.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

En primer lugar le otorga la razón al apoderado de la parte actora, en el sentido que no se reúnen los requisitos para tener por probada la excepción de compensación alegada por la parte ejecutada, toda vez que no se cumplía uno de los requisitos de este modo

¹¹ Folios 505-507 del C. No. 3

¹² Folios 537-541 del C. No. 4.

¹³ Folios 392-398 del C. No. 4.

¹⁴ Folios 832-838 del C. No.10.

¹⁵ Folios 839 y 840 del C. No. 10.

¹⁶ Folios 901-934 del C. No. 10.

de extinguir las obligaciones, consistente en que las partes fueran recíprocamente deudoras; pues, en el caso particular se demostró que el Distrito de Cartagena lo era respecto de la sociedad demandante; pero no se demostró la condición de deudora de la compañía demandante respecto del ente territorial demandado.

Sin embargo, el Tribunal puso de presente que sí se encontraba acreditado el pago de la obligación, pero en la modalidad prevista por el artículo 1630 del código civil que prescribe que: *“Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor”*. Supuesto de hecho que consideró probado dentro del plenario, así:

“De manera que la excepción de compensación propuesta por el apoderado del Distrito de Cartagena de indias no prospera y así se dirá en la parte resolutive de este proveído. Pero, pese a lo anterior, la Sala no puede soslayar que el Distrito de Cartagena por solicitud expresa de la sociedad CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES LTDA, y con cargo a los dineros que a ella le eran adeudados por el Distrito, aceptó el pago de unas obligaciones tributarias de varios contribuyentes diferentes al demandante por concepto de impuesto predial unificado, es decir que la propia sociedad demandante con cargo a su crédito, hizo un pago de obligaciones tributarias a favor de terceros, lo cual ciertamente le estaba permitido hacerlo por el artículo 1630 del Código Civil Colombiano, pero ello, se reitera, es diferente a la figura de la compensación como modo de extinción de las obligaciones”.

En consecuencia, entra el a-quo a examinar si tal pago cubre la totalidad de la deuda que el Distrito Turístico de Cartagena tenía con Concesiones y Construcciones Ltda, o si persiste un saldo insoluto. Para el efecto, el Tribunal Administrativo de Bolívar precisa que la discusión se centra en los intereses cobrados, toda vez que respecto del capital la entidad demandada no presenta objeción. En este orden de ideas, se ocupa el juez de primera instancia de aplicar lo dispuesto en la cláusula 23 del contrato, para liquidar los intereses a partir de cada una de las resoluciones que reconocieron los errores de riegue y que hacían nacer la obligación del Distrito Turístico de Cartagena respecto de la sociedad demandante. Hechas estas operaciones concluye que mediante los pagos imputados al crédito que la demandante tenía, se cancelaron \$1.456.147.539,45 de más, por lo cual ordena compulsar copias a la Contraloría del Distrito de Cartagena de Indias, para que investigue el probable detrimento al erario distrital y la presunta

responsabilidad fiscal de los funcionarios que en su momento hicieron efectivos estos pagos.

Ahora bien, a propósito de la excepción de ilegalidad de la cláusula 23 del contrato, en lo que atañe a la cláusula penal pecuniaria allí estipulada, sostuvo que si bien en principio en el proceso ejecutivo no es admisible proponer excepciones que ataquen la legalidad del acto administrativo, esta es una regla que admite excepciones, y que cuando el título judicial no sea una sentencia, se pueden proponer la excepción de nulidad del acto o contrato dentro de los juicios ejecutivos.

En este orden de ideas, determina que la multa establecida en la parte final de la cláusula vigésima tercera del contrato, corresponde a la denominada cláusula penal prevista en el artículo 1594 del código civil, figura que evoca la idea de sanción por la no ejecución o ejecución tardía de las obligaciones establecidas en el contrato; por lo tanto tiene una función idéntica la de los intereses moratorios, por lo cual, consideró que la misma resulta incompatible con los intereses moratorios cobrados; en consecuencia, dispuso revocar el mandamiento de pago adicional que se libró con base en dicha multa, aduciendo que se trata de una providencia interlocutoria, que de contener errores los mismos no atan definitivamente al juez.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Contra lo así decidido se alzó el ejecutante Concesiones y Construcciones Ltda, solicitando que se revocara de manera integral la parte resolutive de la sentencia apelada, y es por esta razón que el asunto ha venido a esta instancia.

Dice el recurrente, a propósito del pago en exceso, que el Tribunal incurrió en una equivocación porque se desconocen los documentos aportados al proceso judicial y las certificaciones expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena, en las que se reconoce la deuda por los montos pretendidos en la demanda; lo que, a su juicio, no deja ninguna duda sobre saldos de las obligaciones insolutas a cargo del Distrito de Cartagena de Indias.

En relación con la revocatoria del mandamiento de pago adicional, se sostiene que se debe inaplicar *el non bis in idem*, por cuanto es posible acumular pretensiones conexas siempre que el juez sea competente para conocer de éstas, y que no procede discutir en los procesos ejecutivos la legalidad del acto o contrato contenido de la obligación que se persigue.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público opina que la sentencia apelada debe ser confirmada en cuanto:

“De los documentos referidos se infiere que la obligación que se cobra por vía ejecutiva, y respecto de la cual se profirió el mandamiento de pago por la suma de \$1.565.255.740, ya que fue satisfecha en su totalidad junto con los intereses de financiación y moratorios pactados por las partes en el contrato de concesión, pues la sumatoria de los montos que se indican en las resoluciones en comento arrojan un total de \$3.881.520.018, monto que cubre con creces el capital indicado en el mandamiento de pago junto con los intereses liquidados por la Sala”.

Y a propósito de la revocatoria del mandamiento de pago adicional, por la declaratoria de la ilegalidad de la cláusula, afirma que dicha cláusula resulta improcedente por cuanto: *“...basta con analizar su contenido para inferir que en ella se establecen dos tipos de sanciones moratorias que son acumulativas entre sí, pero que surgen de un mismo hecho o incumplimiento”* Por lo tanto- concluye- que tal como lo determinó el a quo, resulta incompatible la existencia simultánea de la cláusula penal e intereses moratorios, en tanto contraviene el principio non bis in idem.

No advirtiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** documentos que se constituyen en un título ejecutivo dentro de las acciones ejecutivas; **2)** el pago como modo de extinción de las obligaciones. **3)** Las excepciones de mérito en los procesos ejecutivos; **4)** concepto de interés y diversos tipos de intereses ; **5)** la cláusula penal y sus diversas modalidades; **6)** la solución del caso concreto.

1. Documentos que se constituyen en un título ejecutivo.

Tal como lo disponía el artículo 68 del C.C.A., y ahora lo dispone el artículo 99 del C.P.A.C.A., prestaran mérito ejecutivo, *“siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible”*, entre otros, *“todo acto administrativo ejecutoriado que imponga... la obligación de pagar una suma líquida de dinero...”*; *“...Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual...”* y *“las demás garantías que a favor de las entidades públicas, antes indicadas, se presten por cualquier concepto, las cuales se integraran con el actos administrativo ejecutoriado que declare la obligación...”*.

Como puede verse, de esta previsión normativa resulta claro que prestan mérito ejecutivo los contratos y sus garantías, así como los actos administrativos que impongan la obligación de pagar una suma de dinero.

Frente al asegurador garante, el mérito ejecutivo resulta de la póliza de seguro y de los correspondientes actos administrativos, documentos estos que en su conjunto integran el título ejecutivo contra él: Los actos porque son los que contienen la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del contratista que es su asegurado; la póliza de seguro porque es en ella en donde consta su posición de garante de las obligaciones del contratista, que es su asegurado, así como los términos y extensión de su garantía.

Luego, son estos documentos y no otros los que en esos casos configuran el título ejecutivo.

2. El pago como modo de extinción de las obligaciones.

El pago, en términos del artículo 1626 del código civil es la prestación de lo que se debe. Y desde la perspectiva de los modos de extinguir las obligaciones , en términos de Hinestrosa, es una manera de extinguir los vinculos obligacionales: *“con caracteres propios, distintos de los demás: es el modo natural, normal de extinción de ellas”*¹⁷

¹⁷ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2007, Sección Segunda Capítulo Primero, aparte número 451. Versión Ibook.*

Ahora bien, en cuanto su naturaleza, el mismo autor indica que en general el pago consiste en una conducta humana, un acto jurídico pero que:

“no todas las prestaciones implican una conducta de la misma entidad, o dicho más precisamente, la actitud del ordenamiento frente a las distintas conductas prevenidas como prestación en las diferentes clases de obligaciones no es igual, habida cuenta de la índole de ellas. En oportunidades, esa conducta es un acto de disposición de intereses que implica transferencia o constitución de un derecho real, o de otro interés, en otras consiste en la celebración de un negocio jurídico, en otras prestar una garantía, en otras, desarrollar un trabajo o confeccionar una obra, en otras, en fn, no pasa de ser una simple abstención”

Entre las diversas modalidades de pago se reconoce, como la usual, el realizado por el deudor; no obstante, la *solutio* también puede ser perpetrada por un tercero, pago que es válido con o sin el consentimiento del deudor, según lo expresado por los artículos 1630 a 1632 del Código Civil.

3. Las excepciones de mérito en el proceso ejecutivos

La oportunidad para excepcionar en un proceso ejecutivo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 509 del Código de Procedimiento Civil y 442 del Nuevo Código General del proceso, es dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, de donde se deduce, contrario sensu, que vencido este término el ejecutado no puede proponer excepciones.

En los procesos ejecutivos, por regla general y a diferencia de lo que ocurre en los procesos de conocimiento, el juez de oficio no puede declarar probadas las excepciones de fondo.

En efecto, si bien el artículo 164 del C. C. A., establece el deber a cargo del juez de reconocer de oficio las excepciones de mérito que encuentre demostradas, lo cierto es que en los procesos de ejecución tal potestad no opera porque en esta clase de asuntos se parte, de un lado, de la certeza del derecho consignada en el título ejecutivo, y, de otro, del mandato contenido en el artículo 507 que le impone al juez el deber de ordenar proseguir con la ejecución si no se presentan excepciones, de donde se infiere entonces que el ejecutado debe proponerlas.

Asimismo, el numeral 2º del artículo 509 del C. P. C., hoy previsto en el Numeral 2º del Artículo 442 del Nuevo Código General del Proceso prevé que si el título ejecutivo consiste en una sentencia de condena o cualquier otra providencia que lleve consigo ejecución, *“sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia..., la de “pérdida de la cosa debida...” y las nulidades originadas en la indebida representación de las partes o la falta de notificación a las personas que deben ser citadas como partes. En cuanto a los hechos constitutivos de excepciones previas el citado artículo señala ahora que no pueden proponerse “...ni aún por la vía de reposición.”*

4. Los intereses y sus diversos tipos.

Los intereses en general son los frutos del dinero, y aunque pudiera pensarse que dichos intereses requieren de la entrega de una suma de dinero, es decir, que solo estarían en el contrato de mutuo; estos también pueden ser generados en cualquier obligación pecuniaria, como la de pagar el precio, o en general, *“la contraprestación dineraria de una prestación in natura de bienes y servicios, cuando ella se difiere en el tiempo”*¹⁸ aunque en estos últimos casos los intereses tienen que ser pactados. De otra parte, de acuerdo con la función que cumplen los intereses se clasifican en remuneratorios y moratorios.

A propósito de esta Clasificación la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“Por interés, se entiende, la contraprestación por el uso o disfrute de cosa de género y la retribución, rédito, ganancia, rendimiento, provecho o porción equivalente prorata temporis en dinero del valor del bien cuya restitución o pago se debe a futuro (intereses remuneratorios) y la indemnización o sanción impuesta en virtud del incumplimiento de la prestación (intereses moratorios), esto es, la “utilidad o beneficio renovable que rinde un capital”, “provecho, utilidad, ganancia”, “valor que en sí tiene una cosa” (Diccionario de la Real Academia Española), “precio por el uso del dinero” (T. P, FITCH, Dictionary Of Banking Terms, Barron’s, New York,

¹⁸ Fernando Hinestrosa Op citada. Versión i book.

1990, p. 317), “la renta, utilidad o beneficio que rinde algún dinero, en virtud del contrato o por disposición legal”, “el beneficio o la cantidad que el acreedor percibe del deudor además del importe de la deuda” (J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de la Ciudad de Ch. Bouret, París, 1931), los frutos civiles (art. 717 Código Civil), la sanción, pena, reparación o indemnización por la mora (art. 1608 Código Civil). ”¹⁹

5. La cláusula penal en los contratos

El artículo 1592 del Código Civil establece la posibilidad de que las partes estimen anticipadamente el valor de los perjuicios que les pueda ocasionar el incumplimiento del contrato, en los siguientes términos:

“Artículo 1592. La 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”

Obsérvese que, conforme a la definición legal, son dos hipótesis por las que se autoriza pactar la cláusula penal: por la inejecución absoluta de la obligación o por su cumplimiento tardío. Por otra parte, el mismo código civil se ocupa de determinar cuándo se puede acumular la petición de la obligación principal y la pena, y lo hace en el artículo 1594, así:

“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 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 disposición transcrita contiene una regla general: la imposibilidad de pedir, al tiempo, el cumplimiento de la obligación principal y el importe de la pena; salvo dos excepciones; una de ellas tiene que ver con el incumplimiento absoluto; la otra, con el cumplimiento tardío. En efecto, la excepción a la regla general en el caso del incumplimiento absoluto, es que se haya estipulado que el pago de la pena no extingue la obligación principal, evento en el cual se pueden pedir simultáneamente ésta y la pena; y en caso de cumplimiento tardío, cuando se haya estipulado la pena por el simple retardo, entonces también podrá pedirse ésta y la obligación principal. Esta última hipótesis es la que se ha denominado cláusula penal

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de agosto de 2008, exp. No. 11001-3103-022-1997-14171-01

moratoria, es decir, que cumple la misma función, en tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, que los intereses moratorios.

A este respecto la doctrina ha advertido que:

*“Numerosos son los artificios de que se valen los prestamistas y los vendedores de bienes y servicios a mediano y largo plazo, para incrementar su utilidad en la concesión del crédito, como también el monto de la sanción del deudor moroso”, como multas o cláusulas penales*²⁰.

Y para conjurar esta práctica, el código de comercio en su artículo 1168 prohíbe los pactos que conlleven la simulación de los intereses legalmente admitidos. Y en esta misma línea de pensamiento, el artículo 65 de la ley 45 de 1990, que sustituyó el artículo 883 del Código de Comercio, dispuso:

“Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación”.

Bajo la égida de los anteriores conceptos se construirá *ratio decidendi* que sustentará:

6. La solución del caso concreto.

En este asunto el título ejecutivo está integrado por el contrato de concesión VAL.001-06-98,²¹ celebrado el 2 de junio de 1998 entre el Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias y la Sociedad Concesiones y Construcciones Limitada,²² con las modificaciones y adiciones celebradas mediante los otros sí que se aportaron con la demanda, **ii)** las Pólizas de seguro de cumplimiento No. 0210192675 expedida por La Previsora S.A. el 8 de junio de 1998²³, No. 02751129 expedida por Seguros del Estado el 23 de octubre de 2002²⁴, y la No. GU01, expedida el

²⁰ Fernando Hinestrosa, Tratado de las Obligaciones Tomo I, Bogotá, 2007 pág.

²¹ Folios 19 a 37 del C. No. 1.

²² Folios 38-64 del C. No.1.

²³ Folio 92 del C. No. 2.

²⁴ Folio 93 del C. No. 2

16 de abril de 1999 por Seguros Confianza, con sus respectivas modificaciones²⁵ **iii)** Copias auténticas de las Resoluciones Nos. 0006 del 24 de enero de 2003, 0290 del 14 de agosto de 2003 y 0435 del 23 de diciembre de 2003, mediante las cuales se reconocieron disminuciones individualizadas de la contribución, por el valor que el ejecutante estimó en \$4.608.381.601.43., suma que conforme a la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión debían ser pagadas dentro del siguiente trimestre de cada resolución

Los documentos referidos a la luz del artículo 68 del C. C. A. son los que, se repite, integran en este caso el título ejecutivo complejo, pues de ellos se desprende la obligación clara, expresa y exigible de cancelar la suma equivalente a \$1.565.255.740,00, a cargo del Distrito Turístico de Cartagena. con ocasión de la celebración del contrato de prestación del contrato de concesión VAL.001-06-98, tal como lo determinó el Tribunal en el mandamiento de pago. De otra parte, como se reseñó, posteriormente la demandante solicitó adicionar tal mandamiento en la suma de \$393.356.866.35, suma por la cual el a-quo libró mandamiento adicional.

6.1. En la providencia que ahora se apela, el Tribunal de primera instancia declaró la excepción de pago total y en exceso de la obligación, en la modalidad del que es realizado por cualquier tercero, con base en las resoluciones de pago y las solicitudes de lo que la ejecutante anti técnicamente llamó compensación, decisión frente a la cual el recurrente no tiene objeción; su inconformidad radica en que, a juicio del apoderado de la ejecutante, no existe el pago en exceso que encontró el Tribunal; sino que, por el contrario, subsiste un saldo insoluto en su favor, manifestación que sustenta en las certificaciones expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Valorización de Cartagena, con posterioridad al pago, en las que este funcionario reconoce un saldo insoluto total por la suma de \$2.546.150.372

De otra parte, en cuanto al mandamiento de pago adicional, el a- quo lo dejó sin valor porque que consideró que el fragmento de la cláusula vigésima tercera del contrato en la que se fundó dicho mandamiento, era ilegal, puesto que estatúa, al mismo tiempo, el cobro de la cláusula penal y los intereses moratorios; comoquiera que ello implica que se cobre dos veces la misma obligación. Frente a esta decisión la inconformidad del recurrente radica en que, a su juicio, sí es compatible el cobro simultáneo de multas e

²⁵ Folio 107 del C. No. 2

intereses moratorios; y, de otra parte, en que no es procedente discutir la legalidad del título en los procesos ejecutivos.

Así las cosas, son dos los problemas jurídicos a afrontar a fin de resolver el caso concreto. i) Determinar si, como lo dice el recurrente, existe un saldo insoluto de la obligación; y ii) verificar si es procedente la declaratoria de la nulidad parcial de la cláusula que establecía el pago simultáneo de la cláusula penal y los intereses moratorios.

6.1 Sobre la existencia del saldo insoluto.

A este respecto la sala encuentra que le asiste la razón al a- quo, no solamente en que no existe un saldo insoluto de la obligación; sino que el pago efectuado lo fue en exceso; aunque el monto del exceso es superior al determinado por el Tribunal, lo que se explica en dos razones: la primera, en que no hay lugar a reconocer intereses remuneratorios como lo hizo el tribunal, porque no estaban pactados. En efecto, si bien, como se explicó en precedencia, los intereses remuneratorios no son exclusivos del contrato de mutuo, es decir en aquellos en que hay la entrega de una suma de dinero, sino que también proceden en el caso de prestaciones in natura de bienes o servicios deferidos en el tiempo, como ocurre en el sub judice; pese a ello, es oportuno tener presente que en esta última hipótesis deben ser pactados, y en el asunto que aquí se resuelve no lo fueron. En consecuencia, el monto reconocido en el fallo de primera instancia por este concepto, esto es la suma total de \$87.493.163 por concepto de intereses de plazo, deberá ser adicionado a la suma que fue pagada en exceso.

La segunda razón por la que el pago en exceso es superior al reconocido por el a- quo, es que la tasa del interés moratorio del 2.5% mensual supera la autorizada por la ley, por lo tanto, los intereses moratorios reconocidos en el fallo de primera instancia no debieron serlo, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72 de la ley 45 de 1990.

En efecto, el artículo 884 del código de comercio coloca unos límites al interés moratorio, prescribiendo que su tasa no podrá exceder una y media vez el interés bancario corriente; y el artículo 72 de la ley 45 de 1990, establece las consecuencias de exceder es limite así:

“ARTICULO 72. SANCION POR EL COBRO DE INTERESES EN EXCESO. Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la Ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el

deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción.

PARAGRAFO. *Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, cuando se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, ésta velará porque las mismas cumplan con la obligación de entregar las sumas que de conformidad con el presente artículo deban devolverse”.*

Pues bien, con base en las disposiciones que se acaban de transcribir, se tiene que en el sub judice se cobró, con la presentación de la demanda, 19 de septiembre de 2005, un interés del 2.5% mensual, y conforme al certificado de la Superintendencia Financiera, ese mes la tasa máxima legal era del 27.33 anual, esto es, el 2.27 mensual. Se tiene, entonces, que existió un cobro en exceso de 0.23%. Para efectos de determinar la suma concreta del exceso, se liquidarán los intereses a la tasa cobrada, y luego a la tasa legalmente permitida.

6.1.1. Intereses moratorios liquidados a la tasa del 2.5%

En este orden de ideas habrá que consolidar a cuánto correspondían los intereses cobrados en la demanda ejecutiva, liquidados al 2.5%, por cada una de las resoluciones y luego a cuánto correspondían liquidados al 2.27% que era la tasa máxima legal permitida en el momento en que se efectuó el cobro, esto es, el día de presentación de la demanda.

Para lograr este cometido, en primer lugar, se calculará sobre el monto reconocido en cada resolución, intereses moratorios a partir del vencimiento de cada trimestre así. La cifra reconocida en la primera resolución de reconocimiento, esto es, la 006 del 24 de enero de 2003, generará intereses de mora desde el 1º de julio de 2003 hasta el 5 de diciembre de 2005, fecha en que se realizó el primer pago por la suma de la suma de \$1.392.933.203, conforme se señala en la resolución No. 300943. Como el valor pagado supera ampliamente el monto de la primera de las resoluciones de reconocimiento de la deuda, el mismo se imputará primeramente a los intereses moratorios generados en los 29.1 meses transcurridos en el periodo señalado, que liquidados al 2.5% arrojan un valor de \$ 19.614.075,84; luego se imputará al capital, esto es la suma de \$26.960.929.00. Hechas esas dos imputaciones se tiene que aún permanece una suma en manos de la sociedad ejecutante de \$1.346.198.16.

Esta última cifra habrá de ser imputada en primer lugar a los intereses generados en la segunda resolución, esto es, aquella del 14 de agosto de 2003, que reconoce un capital adeudado a la aquí ejecutante por \$345.554.745.00, cifra que produjo intereses a partir

del 1 de diciembre del mismo año, hasta el 5 de diciembre de 2005, día en que se realizó el primer pago, cuyo saldo procede a imputarse así: Los intereses generados durante estos 23.86 meses arrojan la suma de \$206.123.405,39. Imputando el saldo de \$1.346.198,16 que quedaba del primer pago, a los intereses generados en la segunda resolución, más el capital en ésta reconocido, se logran pagar en su totalidad estos dos conceptos y sobran, aún, \$794.680.047.77.

Lo anterior significa que con la suma pagada por el Distrito Turístico de Cartagena el día 5 de diciembre de 2003, se cancelaron en su totalidad el capital y los intereses generados por las cifras reconocidas en las resoluciones 006 y 290 de enero 24 y agosto 14 de 2003; y quedaba un saldo de \$794.680.047.77, que debe ser imputado, en primer lugar a los intereses ocasionados por el capital reconocido en la tercera de las resoluciones, la del 29 de diciembre de 2003, esto es, el generado por la suma de \$1.192.740.066, cifra ésta que causó intereses moratorios una vez vencido el siguiente trimestre a su expedición, es decir, a partir del 1º de abril de 2004 y hasta la 5 de diciembre de 2005, esto es, por 20.1 meses. Durante este periodo, los \$1.192.740.066 generaron intereses por \$599.351.883,16, suma que alcanza a ser pagada con el saldo del primer pago, que como se había dicho es de \$794.680.047.77. Pagados los intereses quedan, aún, \$195.328.164,61, valor que debe ser imputado al capital, de donde se obtiene que a partir del 5 de diciembre el Distrito Turístico de Cartagena adeudaba solamente la suma de \$997.411.901,39. de capital

Esta última cantidad de dinero generó intereses moratorios a partir del 6 de diciembre de 2005, hasta el 1 de febrero de 2006, fecha del segundo pago, ordenado mediante la resolución 019 de tal fecha. En este periodo el saldo de capital generó por intereses moratorios un monto de \$24,935.297,29 mensuales; como el tiempo transcurrido entre el 6 de diciembre de 2005 y el 1 de febrero de 2006 es de 1.83 meses, los intereses moratorios generados por el saldo son de \$45.631.594,48. Ahora bien, como el pago ordenado mediante la resolución 019 del 1º de febrero de 2006 fue por un valor de \$2.191.860.783, se tiene que pagados los intereses, resta un saldo de 2.054.965.999,56, cifra a que se imputará al capital que aún estaba por pagar, esto es. \$997.411.901,39. Cancelada esta última cifra, se pagó la totalidad de la deuda, y como queda un remanente \$1.057.554.098,17, esta suma, más el pago hecho en la tercera de resolución, la del 20 de febrero de 2006, por valor de \$296.726.032, arrojan que el valor de pago en exceso es, en principio, la suma de 1.354.280.130; el cálculo de los intereses moratorios liquidados al 2.5% se resume en el siguiente cuadro así.

| RESOLUCION | CAPITAL | Valor mensual de la mora al 2.5% | PERIODO DE MORA | Pagos y montos | VALOR | SALDO |
|---------------------------------|---|----------------------------------|----------------------------------|--|------------------|--|
| 006 del 24 de enero de 2003. | \$26.960.929.00 | 674,023.225 | 01/07/2003-5/12/2005. 29.1 meses | 5-12-2005 \$1.392.933.203 para pagar la 435. | \$19.614.075.84 | \$1.346.358.198,16 a favor del Concesiones y Construcciones Ltda. |
| 0290 del 14 de agosto de 2003 | \$345.554.745.00 | 8.638.868.62 | 01/12/2003-5/12/2005 23.86 meses | | \$206.123.405,39 | \$794.680.047,77 a favor del Concesiones y Construcciones Ltda |
| 435 del 29 de diciembre de 2003 | \$1.192.740.066 | 29.818.501,65 | 30/12/2003- 5-12-2005 20.1 meses | | \$599.351.883,16 | \$195.328.164,61 A favor del Concesiones y Construcciones Ltda |
| | Saldo capital a partir del 6/12/2005 \$997.411.901,39 | 24.935.297,29 | 6/12/2005/1/2/2006 1.83 meses | 1-02-2006 \$2.191.860.783 para pagar la 435 | \$45.631.594,48 | \$1.057.554.098,17 A favor del Distrito Turístico de Cartagena |
| | Saldo capital a partir del 02-02-2006 \$00000 | | | 20-02-2006 \$296.726.032 para pagar la 006. | | \$1.354.280.130,17 A favor del Distrito Turístico de Cartagena. |

| | |
|------------------------------------|------------------|
| TOTAL INTERESES LIQUIDADOS AL 2.5% | \$870.720.958,87 |
|------------------------------------|------------------|

Sin embargo, como el 2.5% no es la tasa que debía ser aplicada, esta cifra no muestra el monto del exceso en el pago del capital, ni permite conocer el exceso en el pago de los intereses moratorios.

6.1.2. Intereses moratorios liquidados a la tasa del 2.27%

Para encontrar la cifra concreta que se cobró en exceso por intereses moratorios, se hace a continuación la imputación de estos intereses, pero cobrados a la tasa máxima legal permitida en el momento del cobro, esto es, a 2.27% mensual.

| RESOLUCION | CAPITAL | Valor mensual de la mora al 2.27% | PERIODO DE MORA | Pagos y montos | VALOR | SALDO |
|---------------------------------|------------------|-----------------------------------|----------------------------------|--|----------------|--|
| 006 del 24 de enero de 2003. | \$26.960.929.00 | 612.013,08 | 01/07/2003-5/12/2005. 29.1 meses | 5-12-2005 \$1.392.933.203 para pagar la 435. | 17.809.580,62 | \$1.345.162.693,37 a favor del Concesiones y Construcciones Ltda. |
| 0290 del 14 de agosto de 2003 | \$345.554.745.00 | 7.844.092,71 | 01/12/2003-5/12/2005 23.86 meses | | 187.160.052,06 | \$812.447.896,30 a favor del Concesiones y Construcciones Ltda |
| 435 del 29 de diciembre de 2003 | \$1.192.740.066 | 27.075.199,49 | 30/12/2003- 5-12-2005 20.1 meses | | 544.211.509,74 | \$268.236.386,55 |

| | | | | | | |
|-------------------|---|---------------|-------------------------------|---|-----------------|--|
| diciembre de 2003 | | | 2005 20.1 meses | | | A favor del Concesiones y Construcciones Ltda |
| | Saldo capital a partir del 6/12/2005 \$924.503.679,45 | 20.986.233,52 | 6/12/2005/1/2/2006 1.83 meses | 1-02-2006 \$2.191.860.783 para pagar la 435 | \$38.404.807,34 | \$1.228.952.296,21 A favor del Distrito Turístico de Cartagena |
| | Saldo capital a partir del 02-02-2006 \$00000 | | | 20-02-2006 \$296.726.032 para pagar 006. | | \$1.525.678.328,21 A favor del Distrito Turístico de Cartagena. |

TOTAL INTERESES MORATORIOS AL 2.27 % \$787.585.949,76

El anterior cuadro evidencia que el monto pagado en exceso del capital fue la suma de \$1.525.678.328,21; y el contraste del mismo con la liquidación hecha a la tasa cobrada en la demanda ejecutiva, arroja los siguientes resultados:

6.2 Exceso cobrado por intereses de mora

| | | |
|-------------------------------------|-------|--------------------|
| Intereses cobrados al | 2.5% | \$870.720.958,87 - |
| Intereses que debían ser pagados al | 2.27% | \$787.585.949,76 |
| Diferencia | | \$ 83.135.009,11 |

Lo anterior significa que en total, se cobró en exceso por intereses moratorios, la suma de \$83.135.009,11, la cual deberá adicionarse al saldo que resta a favor por del Distrito Turístico de Cartagena, por el pago en exceso del capital, esto es, a la suma de \$1.525.678.328,21, que resultó de la liquidación hecha conforme a la tasa máxima legal en el momento del cobro, es decir, 2.27%; obteniéndose así, la suma de \$1.608.813.337,32. Pero además, le debe ser adicionado el valor que reconoció el a quo por intereses de plazo, sin que hubiere lugar a ello, que fue de \$87.493.163; se obtiene así un valor total del pago en exceso realizado por el Distrito Turístico de Cartagena la Sociedad Ejecutante de \$1.696.306.500,32.

Por último, la Sala desestima el argumento del recurrente, según el cual, existe un saldo insoluto en su favor, acreditado por las certificaciones expedidas por el Director Administrativo de Valorización de Cartagena. Primero, porque dichos documentos no forman parte del título ejecutivo complejo aducido en la demanda; y segundo, porque así lo fueran, tal reconocimiento es ilegal, pues contraría de sobremanera la realidad contable del contrato, y tratándose de dineros públicos el juez no puede ser un convidado

de piedra sino que debe aplicar con rigor la normas legales imperativas que regulan la materia de los interés. De manera que, frente a una certificación elaborada por un funcionario de una entidad pública, que desconoce normas de orden público, el juez no puede darles valor alguno, como si se tratará de un particular que dispone de su propio patrimonio.

6.3 Sobre la procedencia de la discusión de la legalidad del título en los procesos ejecutivos.

Ahora bien, sobre el problema jurídico que surge de la segunda inconformidad manifestada por el recurrente, esto es, la alegada improcedencia de la excepción de legalidad de la cláusula establecida en el contrato, la Sala encuentra que el argumento es equivocado, toda vez que lo que se ha establecido es la imposibilidad de plantear excepciones distintas al pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción; cuando el título ejecutivo sea una sentencia o cualquier providencia que comporte ejecución; y la nulidad aquí declarada es la de una cláusula del contrato estatal que forma parte del título ejecutivo complejo aducido en la demanda que dio lugar a este proceso.

Ahora bien, al analizar las razones expuestas por el a quo para declarar dicha nulidad, la Sala las comparte plenamente, y simplemente adiciona los siguientes argumentos, tendientes a desvirtuar las razones aducidas por el recurrente para defender la legalidad de las multas establecidas en la cláusula vigésima del contrato de concesión, base de la ejecución.

En efecto, la cláusula referida es del siguiente tenor:

“INGRESOS POR VALORIZACIÓN- VALORIZACIÓN SE OBLIGA A DISTRIBuir y liquidar la contribución por valorización entre los predios incluidos en la zona de influencia del proyecto, dentro de la semana siguiente después de la aprobación del presupuesto definitivo del contrato, de manera tal que inicie la facturación y recaudo de la contribución, una vez en firme la resolución de riego, momento para el cual se deberá tener constituida la Fiducia a favor de VALORIZACION. VALORIZACION como responsable de decretar distribuir y liquidar la contribución por valorización, asumirá el valor total de las disminuciones individualizadas de la contribución causada por reducción de las liquidaciones debido a errores o deficiencias en la factorización, en las áreas o cabidas, en la inclusión indebida de predios en las zonas de influencia, en errores aritmético, o causa similar. La contabilización de estas disminuciones se efectuarán trimestralmente a partir de la iniciación del recaudo y se pagará a más tardar al final del trimestre siguiente. En caso de que valorización incumpla con dicho pago deberá reconocer al CONCESIONARIO, intereses de mora del 2.5% mensual. Si transcurridos seis meses a partir del incumplimiento de este pago y VALORIZACIÓN continua en mora, adicionalmente deberá pagar una multa equivalente a cinco millones,

indexados mensualmente” [Subrayado fuera de texto para destacar la parte de la cláusula que se declara ilegal.

Obsérvese que la denominada multa, tiene como origen la continuación de la mora después de seis meses de haber comenzado el incumplimiento, por lo tanto, prescindiendo del *nomen iuris* que las partes le dieron, lo que ésta representa es una cláusula penal moratoria; es decir, que tiene como fundamento sancionar la mora en el pago de la obligación, y en ese sentido cumple la misma función de los intereses moratorios que también fueron pactados, por demás, como se demostró, por fuera de los límites legales. Así las cosas, imperativo es confirmar la decisión del Tribunal de Bolívar de declarar la ilegalidad de tal disposición contractual.

Si bien es cierto, como lo aduce el recurrente, existen eventos en que la cláusula penal puede coexistir con los intereses moratorios, ello sucede cuando la cláusula es compensatoria; puesto que ésta tiene fundamentos distintos a los de sancionar el incumplimiento tardío de la obligación, y lo que permite, cuando así se ha pactado, es pedir la obligación principal y la pena, tal como se vio en los lineamientos teóricos que se consignaron en las consideraciones teóricas de esta providencia. Lo anterior significa que si, en gracia de discusión, se admitiera que la denominada multa es una cláusula penal compensatoria, ella tampoco podría aplicarse porque en la cláusula vigésima tercera del contrato no aparece que se haya estipulado que el pago de dicha pena no extinguía la obligación principal, como lo exige el citado artículo 1594 del Código Civil.

Así las cosas, es necesario evitar, como lo hizo el a-quo, y lo solicita el Ministerio Público, la vulneración del principio non bis in ídem; toda vez que la cláusula penal estipulada, bajo el nombre de multa, es moratoria y en cuanto tal sanciona dos veces el mismo hecho: la mora en el cumplimiento de la obligación.

En conclusión, la sentencia apelada deberá ser modificada, en el sentido que, pese a que la Sala confirmará la excepción de pago total de la obligación y la nulidad de la cláusula que dio lugar al mandamiento de pago adicional; se indicará en la parte resolutive, al oficiar a la Contraloría Departamental de Bolívar para que investigue un posible detrimento patrimonial, que el monto del menoscabo del patrimonio público es de \$1.696.306.500,32; y no de \$1.456.147.539,45, como lo estableció el a-quo.

La Sala estima oportuno precisar que la anterior decisión no implica vulnerar la prohibición de la *reformatio in pejus*, pues, como lo ha dicho esta Corporación, esta garantía no puede conminar al juez a pasar por alto el flagrante desconocimiento de

normas de orden público, como ocurre en el sub judice con las normas que establecen los límites de los intereses moratorios.

5.1 Alcance de la non reformatio in pejus

Al respecto se encuentra esta Corporación considera pertinente traer a colación un precedente de la Sala Plena de la Sección Tercera, en relación con la prohibición de la *non reformatio in pejus*, la cual, por su importancia, se transcribe in extenso:

“3.2.2.3. La Sala, en esta oportunidad precisa que la competencia del juez de segunda instancia abarca los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone, al sustentar el recurso de apelación de la sentencia. Se trata de dar alcance a la expresión “los aspectos que señale el recurrente”, a los cuales se limitó la competencia del ad quem en la providencia referida.

Para la Sala, la apelación de un aspecto de la sentencia confiere competencia al juez de segunda instancia para resolver todos esos asuntos, puntos o elementos que estén comprendidos en el mismo, en algunas ocasiones, inclusive, porque su mención resultaría ilógica, pero siempre que la revisión de esos asuntos le resulte favorable al recurrente, por las siguientes razones:

3.2.2.3.1. Los límites que el recurrente traza al juez de segunda instancia con la apelación, de conformidad con la tesis acogida por la Sala, son aquellos aspectos de la sentencia contenidos en la parte resolutive del fallo, en relación con los cuales aquél deberá exponer las razones de su disenso.

La Sala, en la sentencia mediante la cual acogió la tesis señalada, reiteró en varios de sus apartes que el recurrente debía señalar los aspectos del fallo que a su juicio le resultaran desfavorables y sólo éstos podían ser objeto de revisión del juez ad quem. Se dijo en el fallo, por ejemplo, que: “el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados” por el recurrente; por lo tanto, los demás aspectos del fallo que no fueron cuestionados por el apelante único no pueden ser revisados por el juez ad quem; “corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia” y también que “en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior” (se subraya).

Criterio que aparece claramente señalado en aquellos estatutos en los cuales el legislador limita la competencia del ad quem a los términos del recurso, como ocurre con la ley 715, que en materia laboral dispone: “Principio de consonancia: La sentencia de

segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación” (subraya fuera del texto)²⁶.

3.2.2.3.2. En la sentencia a que se viene haciendo alusión, la Sala precisó, además, que la exigencia prevista en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo de sustentar el recurso de apelación, con el señalamiento de los aspectos que el impugnante considera lesivos para sus intereses y de las razones de su inconformidad, no constituye una simple formalidad irrelevante para el proceso sino el marco conceptual que delimita la competencia del ad quem. La sustentación, se añade, tiene como finalidad la garantía del derecho de contradicción, porque de esa manera, la otra parte, beneficiada con la decisión recurrida, puede exponer las razones que a bien tenga para solicitar al juez que mantenga dicha decisión.

3.2.2.3.3. Pero las razones expuestas por el recurrente no constituyen un marco infranqueable para el juez de segunda instancia, dada la salvedad que viene por cuenta de los asuntos que por mandato constitucional o legal deben ser revisados siempre por el juez, con independencia de la aplicación de la tesis acogida por la Sala, conforme a la cual es el recurrente quien delimita el campo de competencia del juez ad quem. En otras palabras, las razones señaladas por el recurrente, con el fin de garantizar el derecho de contradicción de la otra parte, no pueden impedir al juez de segunda instancia cumplir con el mandato contenido en el artículo 230 de la Constitución, conforme al cual, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”. [Se subraya]²⁷

Pues bien, teniendo en cuenta el anterior precedente en relación con el alcance de la garantía de la *non reformatio in pejus*, esta Corporación encuentra que dicha garantía no puede obligar al juez a desconocer el artículo 230 constitucional, según el cual lo jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley, y dicha garantía no puede ser óbice para evadir normas de carácter imperativo, como lo es el artículo 72 de la ley 45 de 1990 – Estatuto Financiero. Así las cosas, considera esta subsección que, si se encuentra plenamente acreditada la violación de los límites en las tasas del interés moratorio, mal podría esta Sala hacer caso omiso de dicha situación, y no dar aplicación a las sanciones previstas por la norma ulteriormente citada, cuando se

²⁶ En relación con esta norma, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de junio de 2004, destacó su diferencia con la regulación establecida en el Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos: “Para la Sala yerra el Tribunal al asumir competencia funcional completa de revisión de la totalidad del objeto del litigio, desbordando la que le corresponde según las reglas que gobiernan el recurso de apelación en la jurisdicción laboral, que son precisas en circunscribirla a las materias respecto de las cuales el apelante o los apelantes hayan manifestado inconformidad y cumplido con la carga procesal de fundamentar sus reparos”.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 20104 del 9 de febrero del 2012.

desbordan dichos límites como ocurrió en subjuice, máxime tratándose de dineros públicos.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

MODIFICAR la sentencia apelada, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar probada de forma oficiosa la excepción de pago de la obligación reclamada por la sociedad CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES LTDA. en la modalidad del PAGO POR CUALQUIER PERSONA DISTINTA DEL DUDOR, y en consecuencia se revoca el auto de fecha 20 de febrero de 2006, por el cual el Tribunal de Bolívar libró mandamiento de pago en contra del Distrito de Cartagena por la suma de MIL QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$1.565.255.740.00).

SEGUNDO: Declarar probada la excepción propuesta por la entidad demandada, de ilegalidad respecto de la cláusula 23 del contrato de concesión No. VAL – 001-06-98 referida esta cláusula penal moratoria y por lo tanto se revoca el auto de fecha 16 de junio de 2006, por el cual se dictó mandamiento de pago adicional a favor de la sociedad CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES LTDA, por la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE(\$393.356.866,35).

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se declara la terminación del presente proceso ejecutivo por pago de la totalidad de la obligación reclamada por la sociedad CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES LTDA en la modalidad del PAGO POR CUALQUIER PERSONA DISTINTA AL DEUDOR.

CUARTO: Levántense todas las medidas cautelares que fueron decretadas en este proceso sobre los bienes de la entidad ejecutada.

QUINTO: Condénase a la parte ejecutante al pago de costas y perjuicios que hubiese sufrido la parte demandada con ocasión de las medidas cautelares decretadas y de este proceso. Tásense las costas por secretaría y los perjuicios liquídense en la forma que dispone el inciso final del art. 283 del Código General del Proceso.

SEXTO: Compulsar copias a la Contraloría del Distrito de Cartagena de Indias, para que investigue el probable detrimento al erario distrital y la presunta responsabilidad fiscal que le pueda caber a los funcionarios públicos que en su momento tenían la responsabilidad del manejo de la gestión fiscal del Distrito de Cartagena de Indias y de evitar los pagos en exceso que en cuantía de MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS S de (\$1.696.306.500,32), se realizaron por el Distrito de Cartagena, mediante la modalidad del pago de obligaciones tributarias a favor de terceros y con base en el art. 1630 del C.C. Lo anterior por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEPTIMO: Admitir la renuncia presentada por el doctor WILSON TONCEL GAVIRIA al poder que le viene conferido en este asunto por el demandado DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

OCTAVO: Reconócese a la doctora MARIA PATRICIA PORRAS MENDOZA como nueva apoderada del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, en los términos a que se refiere el memorial poder a ella conferido.

NOVENO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de voto Cfr. Rad. 56950/16

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

JCGO