OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC507-2023

Radicación n° 11001-31-03-041-2020-00020-01

(Aprobado en sala del treinta de noviembre de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., doce (12) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Conyser Asociados SAS., frente a la sentencia de 9 de agosto de 2022, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de responsabilidad civil contractual que la recurrente promovió contra Accesos del Norte de Bogotá SAS.

I.EL LITIGIO

1. La accionante pidió declarar que cumplió el objeto del contrato ACN 1040002 de prestación de servicios de mantenimiento de malla vial y condenar a la demandada a pagarle $2.171’483.153 por el «*faltante del valor unitario de mantenimiento rutinario*», así como $1.315’537.318 por la cláusula penal, y los intereses de mora.

Expuso que el 10 de diciembre de 2017 celebró el contrato de prestación de servicios ACN 1040002 con Accesos del Norte de Bogotá SAS., (Accenorte) y se obligó, como contratista, a realizar el mantenimiento rutinario de las rutas 45A044 Autopista Norte - La Caro – Chía – Cajicá – Zipaquirá - Variante Unisabana y la ruta 5501 carrera séptima desde la calle 245 – La Caro - Briceño – Variante Portachuelo. Ello con el fin de ejecutar las actividades previstas en la propuesta efectuada el 29 de enero de 2018, según radicado ACBN-00001093 de 30 de enero de 2018, por un valor total de $6.577’686.592, de los cuales $5.065’308.296 correspondían al costo del ítem 1, habiendo convenido un tiempo de duración de 13 meses contabilizados desde el 10 de diciembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, para lo cual pactaron una penalidad de $1.315’537.318, igual al 20% del valor total convenido.

El contrato se desarrolló normalmente entre diciembre de 2017 y marzo de 2018, pero en este último mes la contratante (*Accenorte*) redujo aproximadamente el 66% del precio unitario acordado por el ítem 1 y le adeuda $2.171’483.153, pues le indicó en los cálculos para la elaboración de las cuentas de cobro, cortes con el 44% y 46% de abarcamiento de la obra. Sin embargo, ella siguió adelante con las labores de mantenimiento completo a la malla vial entre marzo de 2018 hasta el mismo mes de 2019, cuando concluyó el negocio, sin que le fuera saldado el faltante del precio, a pesar que cumplió sus prestaciones de forma constante, sin observaciones, inconsistencias o deficiencias, ya que cubrió el 100% mensual de los servicios acordados.

2. La convocada se opuso y dijo haber sufragado todo el valor pactado en razón a la parte de la labor ejecutada por la contratista (folios 71 a 82, cno. 12).

3. El Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia de 30 de marzo de 2022, declaró que Accesos del Norte de Bogotá SAS incumplió las obligaciones contractuales. Por tanto, la condenó a pagarle a la accionante $2.171’483.153 por el saldo del precio convenido en el ítem de mantenimiento rutinario, e intereses de mora a la tasa máxima legal comercial desde la fecha de liquidación del acuerdo hasta que se extinga esa prestación, y $1.315’537.318 por la penalidad pactada.

4. El *ad quem*, al resolver la alzada propuesta por la parte vencida, revocó ese veredicto y, en su defecto, desestimó las pretensiones.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Aunque se demostró que en la cláusula tercera del contrato de prestación de servicios ACN 1040002 se pactó un valor de $6.577’686.592, su falta de pago no constituye incumplimiento de la contratante al haberse dejado de acreditar que la accionante ejecutó obras cuya retribución corresponda a tal cuantía. Es así porque en la cláusula cuarta se convino que «*el valor del presente contrato se pagará mes vencido de acuerdo con el valor que resulte de multiplicar las cantidades reales ejecutadas y autorizadas por los precios acordados, luego que el contratista radique las respectivas facturas en las oficinas del*

contratante», lo cual significa que la encartada no negoció bajo la modalidad de precio global, sino que la cifra a satisfacer cada mes era la que resultara de multiplicar los precios por las cantidades reales del servicio ejecutadas y autorizadas, sistema tarifario conocido desde el comienzo por la demandante, quien así lo aceptó.

En la propuesta de 29 de enero de 2018, con radicado ACNB-0001093, la contratista expuso que el costo de mantenimiento mensual era de $327’427.815, siendo esa la cuantía estable que en cada periodo debía recibir, pues en la cláusula primera del contrato se convino que aquella hacía parte de este y que, ante discrepancias entre ambos, valdría el último. Así lo entendieron las partes, ya que los valores pagados cada mes fueron los respaldados con la facturación emitida por la firma activante entre diciembre de 2017 y marzo de 2019, quien en ocasiones reportó una cantidad superior, en otras una inferior al monto que indicó como constante ($327’427.815), y ello fue aprobado por el supervisor de tal contratista, lo cual acompasa con los parágrafos 1 y 3, numeral III del clausulado 4 del negocio, como lo asintió su representante legal cuando fue interrogado.

Esa interpretación coincide con la regla hermenéutica del artículo 1622 *in fine*, referida a la aplicación práctica hecha por ambas partes o por una con aprobación de la otra, e impide darle un sentido distinto a la cláusula cuarta negocial al determinar la suma a cargo de la contratante y en beneficio de la contratista, pues esta sabía que solo recibiría

los valores correspondientes a la obra efectivamente ejecutada y así lo aceptó, siempre que estuviera justificada.

La accionante no probó que haya realizado actividades por $6.577’686.592, sin que ello cambie por el hecho de haber mostrado inconformidad en el acta de terminación y liquidación del contrato por mutuo acuerdo, cuando dijo estar en desacuerdo con el cálculo efectuado por valor de $3.713’212.895 y se reservó el derecho a reclamar judicialmente, pues ello no es indicativo de que el porcentaje de actividades realizadas fue mayor, ya que esas manifestaciones carecen de la virtualidad de acreditar tal circunstancia, pues el solo dicho de una parte no justifica tal circunstancia.

En ese sentido, desatinó el *a quo* al colegir que la demandada debía sufragar el precio global consignado en el contrato, pues ninguna prueba acreditó que la contratista realizó obras por tal cuantía, ya que no solo la estipulación cuarta, sino la práctica contractual refrenda que la forma de pago se fijó por cantidades de actividades, correspondiendo el valor total a la multiplicación de esas variables.

Además, la accionante es una empresa experta en realizar labores de la misma especie, como lo admitió su representante legal, luego debía conocer lo valores por los cuales generaría y presentaría las cuentas de cobro según lo pactado y, en el mejor de los casos, debía probar las labores adicionales con incidencia en la ecuación financiera del contrato y que no fueran del 44% o el 46% sino del 100% y

no expedir cuentas de cobro y facturación que desvirtuara este último porcentaje.

La intención de las partes fue pactar una remuneración de acuerdo con la cantidad de servicios prestados, lo cual prevalece sobre el precio mencionado en razón a las particularidades en que se concertó el negocio, así como a la falta de reparos de la contratista, situación que hacía innecesaria una interpretación sistemática de las estipulaciones ajustadas e impedía inferir que la convocada debía pagar el monto total de la obra. Antes bien, lo correcto era apreciar lo convenido en conjunto con las pruebas aportadas y valorarlo al tamiz del artículo 1622 *in fine*, panorama que imponía concluir que no se demostró el incumplimiento de la convocada y hacía nugatoria la acción.

Sobre los reparos por las agencias en derecho fijadas y la conducta del representante legal de la convocante, nada hay que decir, toda vez que el fallo es revocatorio.

DEMANDA DE CASACIÓN

La accionante recurrió y planteó un ataque por la causal segunda, con miras a quebrar la sentencia opugnada.

CARGO ÚNICO

Alega la infracción indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 1546, 1602, 1603, 1604, 1613, 1615, 1618, 1622 y 1624 del Código Civil, así como del

artículo 167 del Código General del Proceso, a causa de errores de hecho al apreciar las pruebas, la demanda y su contestación, por falta de valoración de unas e indebida ponderación de otras. En concreto, aduce que el Tribunal:

1. Erró al catalogar al contrato como de obra, pues fue de prestación de servicios, lo cual es relevante porque las prestaciones en uno y otro son distintas. Además, lo deformó al decir que su valor podía ser modificado por la contratante; que en él se establecieron servicios solo para mantenimiento rutinario, y que se fijó un precio exclusivo para remunerar esa labor. A partir de esos desfases le atribuyó a las partes débitos no asumidos, en especial a la contratista a quien le pidió demostrar una obra en particular aun cuando se obligó a realizar unos servicios de mantenimiento y los pactó como una unidad, sin que pudieran ser fraccionados en unidades inferiores o en actividades puntuales como las indicadas en la propuesta que precedió al acuerdo negocial, ya que de ser así les habrían asignado a cada una un valor específico.

2. Se equivocó al apreciar el contrato de prestación de servicios, pues admitió, sin estar probado, que su cláusula cuarta estableció una fórmula para remunerar los servicios de mantenimiento de la malla vial en la zona de influencia convenida; que la convocada podía autorizar unilateralmente obras en menor proporción a las unidades pactadas; que así lo dispuso y que cumplió el pago de esa prestación en proporción a la labor ejecutada.

Asumió que la suma de $6.577’686.592, que aparece en la cláusula tercera del contrato, corresponde al valor reclamado en la demanda y al monto incumplido por Accesos del Norte de Bogotá SAS., sin ser ello cierto, máxime cuando esa estipulación está ligada al parágrafo 1° de su cláusula primera, e inadvirtió que solo se pretende el saldo insoluto del valor causado por el mantenimiento rutinario ajustado en el ítem 1, para el cual se convino una tarifa fija, única e inmodificable de $389’639.099,67 por cada unidad, de las 13 acordadas en relación con cada mensualidad de vigencia del acuerdo, según la tabla que sustenta lo convenido.

Los otros ítems, del 2 al 3.2.8 fijados en el contrato resultan de multiplicar las cantidades de obra o servicio ejecutado, del que sí podía fluctuar su valor, por lo que es a ellos que se refiere la cláusula cuarta del contrato al indicar que el precio por mensualidad corresponde a esas cantidades de obra o servicio ejecutado, mas no que cada uno de los ítems de la tabla, es decir, del 1 al 3.2.8 podían subdividirse o fraccionarse, en cada ítem individualmente considerado, para reducir o aumentar su valor, pues ello no fue convenido al dosificar los ítems del servicio y el precio atribuido a cada uno de ellos, al margen de la cantidad que fuera realizada.

3. Desconoció que lo pactado consistió en que, si alguno de los ítems de la tabla de precios fuera impagado en su totalidad, como ocurrió con los mantenimientos rutinarios ítem 1, ello produciría incumplimiento de la contratante. Si el Tribunal hubiera apreciado bien el contrato, en concreto, la complementación que hay entre la cláusula primera -

atinente al objeto e ítems de los servicios que regula y sus precios fijos, invariables e inmodificables según lo pactado, el valor total alcanzable del contrato -cláusula tercera- y su relación con la cláusula cuarta, según la cual estos precios asociados a los ítems, a la unidad y cantidad de servicios pendía de la aplicación del total de lo que debía ser pagado en cada mensualidad, habría advertido que el ítem 1 se pactó como mantenimiento rutinario; unidad; cantidad 13, valor unitario $389'639.099,67.

Las partes acordaron que los servicios estuvieran compuestos por ítems y que estos serían determinados por unidad de actividad -ítem 1- o por unidad de tiempo -ítem 2 a 3.28-, mas no que algunos de ellos podían ser fraccionados, ya que lo habrían dejado escrito, lo cual significa que el Tribunal menospreció la intención de las partes.

La contratante debía pagar cada ítem ejecutado, al margen de que fuera completo o no, pues, por expreso acuerdo, le estaba prohibido fraccionar su remuneración a menos de la unidad u hora de cada ítem, indivisibilidad e imposibilidad de fracción a la que se refirió el *a quo* cuando coligió que la convocada desatendió el pago de la totalidad de los servicios referentes exclusivamente al ítem 1 sobre mantenimiento rutinario, cuya cantidad -13- fue realizada de forma completa por la contratista.

A pesar de ello, el Tribunal coligió del contrato y la propuesta que el precio final de cada mensualidad podía ser modificado dependiendo de la cantidad de unidades y horas

de prestación de servicios, según se tratara del mantenimiento de la malla vial o de los servicios complementarios, aun cuando esos documentos muestran que existe una medición de actividad, unas labores determinadas por cantidades unitarias y otras por las horas de servicios, ítems -unidades y horas- inmodificables, pero que sí comprometen el valor de cada mensualidad de acuerdo a la intensidad de cada una de estas, sin que fuera posible fraccionar tales aspectos (unidades u horas de ejecución), según lo confirma la cláusula cuarta del contrato de servicios al decir que «*el valor de cada unidad ejecutadas mensualmente*», lo cual desvirtúa su tesitura en cuanto fijó la atención en el valor total del contrato.

4. Valoró indebidamente la demanda al colegir que la contratista dijo haber efectuado labores por el valor total del contrato ($6.577'686.592) e inadvirtió que lo pretendido era restablecer el perjuicio sufrido al haber recibido un valor inferior por la actividad específica del ítem 1 de la tabla del esquema de precios del inciso 2º de la cláusula 1ª del contrato, que máximo podía apuntar por las 13 unidades de 2017 a diciembre de 2018, a un total de $5.065'639.308,29, pero que se modificó y fue extendido hasta marzo de 2019 a $5.238'845.040, aspectos que fueron demostrados.

Desde el libelo aclaró que pretendía el pago del valor faltante por el costo del ítem 1, atinente al servicio de mantenimiento rutinario, y no el del total del contrato que mencionó solo para fijar la cuantificación de la posible consecuencia pecuniaria del incumplimiento.

5. Dio por demostrado, sin estarlo, que Conyser Asociados SAS., incumplió sus débitos; dejó de ver que esta probó que satisfizo lo previsto en su cláusula primera y que ello fue verificado por personal de la contratante, con lo cual era suficiente para reclamar el valor unitario estipulado por cada unidad (mensualidad), al ser patente que efectuó el ítem 1 de la tabla de esquema de precios, como lo confesó la convocada al referirse a los hechos 12, 13 y 14 de la demanda. A pesar de ello, el fallador distorsionó la realidad y creyó que esa entidad podía alterar las unidades de medida de actividades que componían los servicios convenidos, razonamiento contrario a la cláusula quinta que hacía necesaria la concertación para modificar tal aspecto, e inadvirtió que Accenorte no probó la menor cantidad de obra ejecutada respecto del mantenimiento vial rutinario en el ítem 1.

6. Se equivocó al decir que la contratista omitió reclamar a su contraparte los costos adicionales, toda vez que pasó por alto lo que indicó en el acta de terminación y liquidación del contrato donde se mostró en desacuerdo con las sumas recibidas y se reservó el derecho de demandar, así como la actitud de la contratante al recibir la epístola de 18 de septiembre de 2018, la citación a una reunión exploratoria de un acuerdo frente a tal aspecto y las misivas provenientes de Accesos del Norte de Bogotá SAS., en rigor, la de 15 de marzo de 2019 sobre el reclamo de los pagos extrañados por los servicios de mantenimiento ejecutados. Esas piezas demuestran que esa entidad ejerció una posición dominante y condicionó el reembolso de los servicios a su parecer y

conveniencia, panorama que justificó la constancia hecha por la contratista de que estaban sin solucionar los valores no cubiertos por los servicios convenidos en el ítem 1.

7. Se desfasó al concluir que la accionante debía probar y reclamar durante el cumplimiento y finiquito del contrato labores que afectaran la ecuación financiera del contrato al 100% reflejadas en las cuentas de cobro emitidas por un porcentaje inferior, pues se demostró que cumplió sus obligaciones y así lo aceptó la contraparte al responder la demanda. Esos aspectos fueron relegados por el sentenciador, así como también la actitud de la encartada que fue negligente, tanto que adujo no haber sido notificada de la solicitud de conciliación extrajudicial, a pesar que sabía de esa audiencia, como lo hizo ver en la comunicación de 20 de mayo de 2019, discordancia que permitía deducir una falsedad, pero no se hizo, pues, además, manipuló el contrato al pactar unos precios por unidad de actividad y también se abrogó su tasación para así justificar un pago inferior al estipulado.

CONSIDERACIONES

1. Los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y, en consecuencia, no pueden ser derogados, excepto por mutuo acuerdo, o por causas legales, según lo expresa de forma diáfana y categórica el artículo 1602 del Código Civil.

Al respecto, en CSJ SC1962-2022 se indicó que esa norma jurídica

> *(…) determina la fuerza vinculante, obligatoria y coercible del acuerdo de voluntades, al advertir que si a él se llega de forma válida «no podrá ser derogado sino por causas legales o por mutuo consentimiento», lo que significa que ninguno de los contratantes puede separarse -total o parcialmente- del programa obligacional, so pena de infringir sus compromisos; en cuyo caso, la otra parte, que sí satisfizo o estuvo dispuesta a atender los suyos en la forma y tiempo debido, tiene a su disposición diversos remedios contractuales de carácter jurídico, ya que puede exigir la realización de lo pactado u optar por su extinción mediante la resolución o la terminación (arts. 1546 C.C. y 870 C. de Co.) según proceda, y reclamar, asimismo, la reparación del demérito sufrido.*

Fluye nítido que en el ámbito del derecho privado los contratantes tienen libertad para regular sus intereses, sin más límites que el orden público y las sanas costumbres (art.16 C.C.). Tanto es así que, al vincularse mediante una relación jurídica contractual, aceptan a plenitud ese poder de disposición, establecen el programa obligacional que buscan satisfacer y lo proyectan en ejercicio de su autonomía dispositiva.

En principio, los términos del negocio definen su objeto y alcance, pero también establecen los deberes de conducta asumidos por cada integrante. Excepcionalmente, y solo cuando lo acordado sea ininteligible, ambiguo e impreciso, se hace necesario aplicar métodos hermenéuticos capaces de socorrer esa falta de claridad para así dejar al descubierto y hacer comprensible lo pretendido por las partes.

Con ese fin, el ordenamiento positivo ha previsto diversos sistemas interpretativos. Al efecto, a partir del

artículo 1618 y hasta el 1624 el Código Civil consagra un catálogo de reglas hermenéuticas cuya función es la de servir de criterio orientador del juez y de permitirle zanjar la falta de claridad suscitada en el marco de una relación jurídica de carácter contractual.

Sobre ello, en CSJ SC 18 feb. 2003, rad. 6806 la Sala precisó:

> *(…) la interpretación de los contratos es cuestión librada por el legislador a la autonomía del juzgador, para lo cual lo ha dotado de una serie de pautas o directrices encaminadas a guiarlo en su tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, descubrir la genuina voluntad que las animó al celebrar el contrato e identificar los fines perseguidos al ajustarlo, con el objetivo de imprimir eficacia a la voluntad negocial. Entre esas reglas, cabe destacar por lo que al caso interesan, las previstas por los artículos 1618, 1620 y 1621 del Código Civil.*

Igualmente, en CSJ SC069-2023 llamó la atención en cuanto a que:

> *Bien es sabido que en materia de interpretación de los contratos el esfuerzo del opugnador para revelar algún desvío del ad quem es mayúsculo, puesto que por obvias razones la propuesta que haga siempre va a estar marcada por el sesgo del favorecimiento a sus intereses particulares, de tal manera que las simples divergencias entre lo que se convino y la manera como lo entiende cada uno de los pactantes es insuficiente para suplantar la lectura que en el ámbito del litigio haga el operador judicial aplicando los principios que rigen los contratos para revelar su verdadera esencia.*

Unas de las tantas formas jurídicas con que cuentan las partes para regular sus relaciones jurídicas, en su esfera privada, es el contrato de prestación de servicios, que es un negocio típico, consensual, bilateral, oneroso, principal y conmutativo, en virtud del cual una persona se obliga a

desplegar un comportamiento diligente para conseguir un resultado determinado por el contratante, que es la otra parte, sin asegurar «*el logro del resultado*[1]*»,* a cambio de una remuneración en la forma pactada.

Al lado de ese esquema negocial, y con cierta proximidad, se ubica el contrato de obra, que también es un negocio jurídico típico, consensual, bilateral, principal, oneroso y conmutativo, en virtud del cual una persona, denominada contratista o artífice, se obliga con otra, conocida como encargante o contratante, a realizar una labor en concreto y garantizar su resultado, bajo un precio que, según se resaltó en CSJ SC505-2022, puede ser global, llave en mano, administración delegada, reembolso de gastos y precios unitarios, con la advertencia que la primera de esas modalidades confiere al contratista una cantidad fija de dinero que no depende «*de las mayores o menores cantidades de unidades que se ejecuten y, por ende, el contratista asume los riesgos de las diferencias que surjan en las cantidades de obra y es responsable de culminarla por el precio pactado que es el real y definitivo*» (CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 sep. 2018, rad. 2018-00124-00 (2386).

En cambio, cuando lo convenido es bajo la forma de precios unitarios, «*se hace un estimativo inicial del precio para efectos presupuestales, pero el precio definitivo se concreta al concluirse el contrato*» (CSJ SC5568-2019, 18 dic., rad. 2011-

1 DÍEZ, PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. IV. Las particulares relaciones obligatorias. 1ª edición. Thomson-Civitas. Navarra, España, 2010, pág. 459.

00101- 01), pero la retribución se determina por las «*unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato*» (CE, Sección Tercera, Subsección B, 31 ago. 2011, rad. 1997-04390-01(18080; CE, Sección Tercera, Subsección B, 29 nov. 2019, rad. 2013-01093-01 (56925).

Tal distinción es relevante porque en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista por la ejecución de la obra, tanto así que, en línea de principio, ello no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades no previstas, mientras que, en el contrato a precios unitarios, toda la cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante tiene que ser reconocida.

Al acordarse el sistema de precios unitarios como forma de remuneración de la obra, el constructor se obliga, salvo estipulación en contrario, a «*sostener los precios unitarios originales estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada, aun cuando estos puedan sufrir alzas, riesgo que en la práctica puede recompensarse durante la ejecución o en la liquidación; o preverse, según las cláusulas de reajustes que, de común acuerdo, se pacten*» (CSJ SC5568-2019).

Por otra parte, el artículo 2056 del Código Civil dispone que si hay incumplimiento y afecta el haber de alguna de las partes, «*[h]abrá lugar a reclamación de perjuicios, según las*

reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución», en tal caso, previene la norma, «…*el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podio ganar en la obra*».

En fin, el contrato de prestación de servicios y el de obra tienen en común que son negocios jurídicos típicos bilaterales, consensuales, principales, conmutativos y onerosos, con notable incidencia tanto en el derecho público como en el privado; en ambos hay falta de subordinación o representación entre contratante y contratista, empero, cada uno tiene elementos particulares que perfilan su estructura y lo distinguen de cualquier otro.

Por ejemplo, en el de prestación de servicios las labores que asume el contratista tienen una naturaleza genérica, contrario a las que en específico adquiere el artífice en el de obra. Igualmente, en aquél el contratista se obliga, por regla general, a desplegar un comportamiento diligente dirigido a la consecución de un resultado determinado, pero no asegura su obtención, mientras que en este sí, ya que el artista se obliga a pintar el cuadro; el arquitecto, a edificar la casa y construir el puente y el escritor a escribir la novela, etc., de modo que al final debe entregar el cuadro, la casa, el puente y la novela.

Asimismo, en el contrato de obra el artífice tiene mayor independencia técnica o económica que en el de prestación de servicios, en el que suele haber más control por parte del contratante. Igualmente, la duración del contrato suele ser más estable en este que en aquél, sin perder de vista la distinción que hay en torno a la fijación de la contraprestación, ya que si se contrata por tiempo, el negocio será de prestación de servicios, mientras que cuando se acuerde por unidades parciales en función de lo ejecutado, este será de obra, sin que en la forma de remuneración subsistan hondas diferencias, pues las modalidades antedichas pueden coincidir, al ser ese un aspecto en el que fluye con nitidez la autonomía de la voluntad.

Al efecto, la doctrina especializada[2] expone que:

> *En el contrato de prestación de servicios -y en ello radica la distinción respecto del contrato de obra- el prestador se compromete a desplegar un comportamiento diligente dirigido a la consecución de un resultado determinado, pero sin que asuma el compromiso de su efectiva obtención -como si ocurre en el contrato de arrendamiento de obra o, simplemente, de obra-, de manera que su obligación se configura como de mera actividad. En otros términos, el prestador o arrendador de servicios -sean éstos objeto de prestación por un profesional o por un empresario, o no-, se vincula únicamente en virtud de una obligación de medios, con independencia del resultado, lo que determina consecuencias relevantes en el marco de la responsabilidad por incumplimiento. En efecto, doctrina y jurisprudencia han convenido en erigir como elemento diferenciador del contrato de prestación de servicios la vinculación del prestador en atención a. una obligación de hacer, frente al contrato de obra en el que el contratista asume contractualmente la obtención de un resultado -la obra- pactado en el contrato.*

---

2 BERCOVITZ, R, Rodrigo. Tratado de los contratos. Tomo III, contratos asociativos, contratos de prestación de servicios y realización de obras, contratos aleatorios, contratos para evitar o dirimir conflictos. Tirant o blanch tratados. Valencia, 2009, pág. 2875.

En ese mismo sentido, otro importante expositor[3], enfatiza que:

> *La ley designa como contrato de obra el contrato por el cual una persona se obliga a ejecutar una obra por un precio. Objeto de un contrato de obra puede ser "tanto la ejecución o modificación de una cosa como cualquier otro resultado a producir por el trabajo o prestación de servicios. Como claramente dan a entender especialmente las últimas palabras, la ley se apoya en si el objeto de la obligación es el trabajo o la prestación de servicios como tal, -en cuyo caso se trata de contrato de servicios-, o el resultado a obtener por los mismos -en cuyo caso se trata de contrato de obra- Si la prestación debida es únicamente el trabajo o la prestación de servicios como tal, sin consideración al resultado perseguido, entonces, podrá exigirse el precio cuando el trabajo o los servicios han sido prestados; si, por el contrario, lo adeudado es la producción de un determinado resultado, generalmente no podrá ser reclamada la retribución pactada si el trabajo o esfuerzo hecho o el servicio realizado fracasan*.

2. En el *sub júdice*, el Tribunal revocó la sentencia que accedió a las pretensiones y, en su lugar, las denegó tras colegir que la impulsora, que fungió como contratista, carece de razón habida cuenta que la exigibilidad del valor global pactado dependía de que realizara obras por ese valor, tanto así que la contratante solamente le sufragó el costo de las que efectivamente desarrolló, de conformidad con lo previsto en el negocio jurídico bilateral que las vinculó.

En respaldo añadió que la ejecutora de esas actividades, hoy demandante, sabía desde el comienzo del contrato que solo tendría derecho a recibir de Accesos del Norte de Bogotá SAS., los valores correspondientes a las labores que efectivamente realizara.

---

3 LARENZ Karl. Derecho de Obligaciones. Tomo II. Editorial Revista de derecho privado. Madrid, 1959, pág. 281.

En desacuerdo, la impugnante le atribuye sendos y protuberantes yerros fácticos consistentes en haber desfigurado el contrato de prestación de servicios n.º ACN 1040002 de 1 de diciembre de 2017 y otras piezas, como lo son la demanda, las actas de obra y la de de su liquidación, así como la confesión de la convocada al contestar el libelo, y aduce que esa distorsión probatoria lo llevó a deducir contra toda evidencia, de un lado, que el negocio fue de obra, y que no se estructuró bajo la modalidad de precio global, sino variable, en razón a las cantidades reales del servicio ejecutado y autorizado por cada mes y, del otro, que la contratista omitió demostrar que realizó labores sobre el monto total de $6.577’686.592, desfase intelectivo que determinó la decisión a pesar de estar demostrada la existencia de la prestación dineraria a cargo de la encartada.

Según la censura, el *ad quem* no solo apreció mal el libelo, sino también el contrato de prestación de servicios, porque pasó por alto que lo solicitado fue el pago del valor faltante por el costo unitario del ítem 1, relacionado con el servicio de mantenimiento rutinario, y no el total del costo pactado en ese negocio jurídico, el cual se citó en la demanda solo para cuantificar el monto de la penalidad pactada y exigible ante el incumplimiento de la convocada.

3. Al contrastar los argumentos de la acusación con la sentencia fustigada, pronto se detecta el yerro de *facto* atribuido al Tribunal, pues, aunque dijo que las partes se vincularon a partir de un contrato de prestación de servicios, contrario a lo que sugiere la casacionista, en el fondo asumió

que, aun cuando el precio pactado fue de $6.577’686.592, la contratista debía acreditar que realizó «*obras por tal cuantía*» para poder reclamar el valor total estipulado en el ítem 1, en razón a la modalidad de retribución acordada, sin advertir que los extremos convinieron la prestación de servicios de mantenimiento rutinario en unidades fijas y acordaron una remuneración global también fija, es decir, determinada e invariable por cada una de ellas, situación que imposibilitaba establecer, no solo que lo acordado involucró la realización de obras específicas por el aludido concepto (*mantenimiento rutinario*), sino además que los costos por esas actividades eran variables.

Con otras palabras, según el *ad quem*, la contratista debía demostrar que realizó obras adicionales para que surgiera el derecho de retribución pretendido, sin advertir que se obligó a efectuar servicios de mantenimiento rutinario en las zonas delimitadas en el contrato de prestación de servicios y que el precio de ese ítem se pactó por unidades fijas y no variable. Ese error le impidió entender que por el solo hecho de que Conyser Asociados SAS., acreditara el cumplimiento de tales actividades, surgía para la contratante Accenorte SAS., el deber de retribuirlas de acuerdo con el valor global fijo asignado en el contrato.

Tal conclusión se impone, con mayor nitidez, al ser ostensible que en el contrato de prestación de servicios las partes determinaron el valor de cada una de las trece (13) unidades correspondientes al mantenimiento vial rutinario previsto en el ítem 1, y no pactaron ninguna fórmula para

medir posteriormente el porcentaje de esas labores asumidas por la contratista, como tampoco la posibilidad de ajustarlas durante su ejecución, ni previeron la opción de reducir o aumentar los costos allí acordados, sin que se haya demostrado que en el desarrollo del contrato tácitamente alteraron lo convenido en torno a ese crucial aspecto, pues al respecto nada se probó, panorama que forzaba concluir que eran esas, y no otras las actividades estipuladas, y que los valores fueron los señalados en el documento que contiene los términos del acto negocial.

En estricto sentido, lo que del acuerdo emerge es que las contratantes establecieron -en el ítem 1- que Conyser Asociados SAS., realizaría labores de mantenimiento rutinario durante 13 meses en las zonas viales especificadas en el contrato de prestación de servicios ACN 1040002, las cuales se dividirían en 13 unidades mensuales, cada una por un valor fijo de $389’639.099,67. Luego, ante la ejecución de esas tareas por parte de la contratista, en la forma y tiempos pactados, Accenorte SAS., debía amortizar su valor, contrario a lo que dedujo el Tribunal cuando entendió que dicha retribución dependía de los porcentajes de labor concertada, a pesar de haberse estipulado un valor global y no variable por cada unidad, pues de esto último no hay ninguna prueba en el expediente.

Cuestión bien distinta, por cierto, es que a partir del ítem 2 hasta el 3.2.8 del contrato hayan incluido otros servicios adicionales y pactado un precio unitario por cada uno de ellos, el cual sería determinado -ahí sí- por el número

de horas ejecutadas, precisión que es relevante comoquiera que el litigio se dio solo respecto del ítem 1, de mantenimiento rutinario, es decir, no involucró los demás conceptos.

Adicionalmente, también fue desfasada la comprensión de la demanda, toda vez que el *ad quem* desfiguró su contenido y le hizo decir algo contrario a lo que refleja, pues no es cierto que las pretensiones enarboladas en ella hayan procurado el pago del valor total del contrato, sino más bien de la parte insoluta de uno de los varios ítems que dijo haber satisfecho a plenitud, en concreto, del ítem n.º 1.

Este hallazgo cobra fuerza si en cuenta se tiene que, en los hechos del libelo, la gestora precisó que el contrato de prestación de servicios suscrito con Accesos del Norte de Bogotá SAS., comprendía diversas actividades y aclaró que la pugna surgió solo frente al ítem n.º 1 sobre mantenimiento rutinario mensual, pactado en 13 unidades. Al efecto, indicó que «*a partir del mes de marzo de 2018, Accenorte SAS., en forma unilateral hizo una reducción del 66% aproximadamente del valor que se había pactado como precio unitario por el* ***mantenimiento rutinario*** *mensual de la malla vial*».

En coherencia con ese planteamiento fáctico, también hizo a continuación una relación detallada de los pagos recibidos por tal concepto -ítem 1-, los cuales totalizó en $3.067’364.887 y, al final, exteriorizó que el monto insoluto por ese ítem era de $2.171’480.153, cantidad que reclamó como saldo pendiente. En ese sentido, señaló que «*a la fecha, la sociedad Accenorte SAS., adeuda por concepto del pago del*

mantenimiento *mensual* ***rutinario*** *un total de $2.171'480.153*».

Desde esa perspectiva resulta, entonces, insólito el razonamiento del *ad quem* en virtud del cual asumió que el litigio orbitaba en torno al valor total del contrato de prestación de servicios ajustado entre las contendoras procesales, es decir, $6.577'686.592, a pesar de que lo planteado por la contratista se circunscribió exclusivamente al no pago de parte del coste asignado al ítem 1, referido al mantenimiento rutinario de la malla vial. Tanto es así que aclaró en la demanda que el saldo insoluto por ese concepto ascendía a $2.171'480.153 y que este monto hacía parte del valor global del aludido ítem, el cual fue tasado en el contrato en un total de $5.065'308.296, que es el resultado de sumar el precio fijo asignado a cada una de las trece (13) unidades acordadas, esto es, $389'639.099,67.

Esa precisión tiene especial importancia, pues, como el reclamo se dirigió únicamente en lo referente al incumplimiento generado ante el no pago por la contratante del total de los valores acordados por las actividades de mantenimiento rutinario que comprendía el ítem 1, era esa la base sobre la cual se debía desatar el litigio a efectos de establecer la suerte de tal planteamiento, con abstracción de lo acaecido con los demás ítems, valga decir, del n.º 2 al n.º 3.2.8, toda vez que frente a ellos ninguna discrepancia blandió la accionante en la demanda, de ahí que estos fueron ajenos a la controversia contractual sometida a componenda judicial.

Tal situación deja al descubierto el abultado error de hecho denunciado en torno a la comprensión que de esa pieza procesal -*la demanda*- hizo el Tribunal y lleva a concluir que la tergiversó cuando desenvolvió la reyerta desde una perspectiva diametralmente distinta a la propuesta por la promotora de la acción. Es decir, le atribuyó al libelo una inteligencia diferente a la que brota de su tenor literal, aun cuando, al ser clara y comprensible, tal pieza procesal no admitía ningún criterio hermenéutico tendiente a desentrañar su alcance.

Además, la falta de conformidad entre el valor contenido en la propuesta respecto de cada una de las trece (13) unidades de mantenimiento rutinario ($327'427.815) y el que por ese concepto aparece en el contrato ($389'639.099,67) se remediaba teniendo en cuenta este último, comoquiera que las partes establecieron expresamente que ante «*cualquier diferencia entre la propuesta y el presente contrato, prevalecerán las condiciones establecidas en este contrato…*» según lo revela su cláusula primera, contrario a lo que entendió el sentenciador *ad quem*.

Los advertidos desfases intelectivos son manifiestos y trascendentes. Lo primero porque se imponen al cotejar la demanda y el contrato de prestación de servicios con la sentencia fustigada; lo segundo, en razón a que determinaron el rumbo de la decisión que revocó el fallo apelado, a pesar que este guardaba coherencia con la realidad procesal de la controversia sometida a resolución judicial. Luego, ese contexto torna próspera la acusación

izada por la casacionista, debiéndose, por fuerza de los anteriores hallazgos, quebrar la sentencia del Tribunal y, en su defecto, emitir la de reemplazo a que haya lugar.

4. En ese sentido, resulta viable pronunciar la sentencia sustitutiva que desate la apelación promovida por Accesos del Norte de Bogotá SAS.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. El *a quo* accedió a las pretensiones de Conyser Asociados Ltda., tras advertir, en esencia, que entre las partes se celebró contrato de prestación de servicios que tenía varios ítems, el primero de los cuales se tasó en un valor fijo de $5.065’308.286 según se pactó en la cláusula tercera, el cual sería pagadero mes vencido durante la vigencia del negocio, sin que estuviera sujeto a modificación, reducción o alteración por circunstancias específicas, ya que el precio convenido por la labor allí contratada no fue teórico, ni se sometió a alteraciones mensuales, sino que era exigible en cada periodo según los montos acordados y enfatizó que:

La cláusula cuarta ratifica el precio del contrato y señala que su pago se haría mes vencido, sin que se pueda entender que el valor real no es el pactado en la cláusula tercera o que estuviera sometido a modificación, pues de la primera de esas estipulaciones se extrae que las partes convinieron que tal prestación sería liquidada cada mes acorde con los precios concertados, los que, según precisó, fueron determinados en el inciso segundo de la cláusula

primera al pactar que la «*contratista en desarrollo del objeto deberá llevar a cabo las siguientes actividades establecidas con base en el siguiente esquema de precios*».

El esquema de precios describe las actividades a cargo de la contratista y sus costos, una de las cuales era el mantenimiento rutinario por 13 unidades, discriminadas en trece (13) meses, correspondientes al tiempo de ejecución del contrato con un valor unitario de $389’099.576 por cada una, para un total de $5.065’308.286 por ese concepto, y allí también se determinaron otros ítems por diversos valores unitarios, para un total de $6.577’686.592.

No hay prueba de que las partes hayan alterado el contrato para reducir o rebajar su valor inicial, ni la tabla en la cual se discriminó el servicio a cargo de la contratista, como tampoco que el coste fijado, o su lista explicativa hayan sido teóricos o sujetos a variaciones mensuales, pues sobre ello nada se demostró. Aunque las facturas allegadas por la demandada revelan variaciones mensuales y reducciones de los costos pactados, brilla por su ausencia una justificación de tales disminuciones comoquiera que esa parte dejó de acreditar que los precios pagados correspondieran a las labores ejecutadas por la contratista, sin que ello se cumpla con el acta final de liquidación, dado que es ambigua en torno a la cantidad de labor o servicio prestado, sumado a que la gestora plasmó allí su disenso con los valores liquidados.

La convocada no negó que la contratista haya cumplido la labor de mantenimiento rutinario, sino que, por el

contrario, admitió que la efectuó a cabalidad, y que el artículo 1618 del Código Civil hace entender que la intención de las partes fue la de celebrar obras de mantenimiento y conservación del corredor vial por un precio determinado, pero no que por cada obra específica de sostenimiento, conservación o de alguna otra naturaleza hayan concertado un valor unitario, lo cual también se impone al tenor del artículo 1622 ib. Por tanto, la interpretación sistemática del contrato permite dilucidar que en sus cláusulas primera, tercera y cuarta se convino fraccionar el valor global pactado, para ser pagado cada mes según se cumpliera el mantenimiento rutinario acordado en el ítem 1, mas no que el estimado fuera virtual o pudiera ser establecido por la contratante.

Así, halló incumplido el contrato por la demandada al no haberle sufragado a la impulsora el valor total ajustado por el mantenimiento rutinario y la condenó a pagarle $2.171’480.153 como faltante reclamado por ese concepto, así como $1.315’537.318 por la penalidad estipulada, e intereses de mora sobre aquél rubro, a la tasa máxima comercial, desde la liquidación del contrato hasta que se extinga la obligación.

2. El recurso de apelación.

En desacuerdo con ese resultado, Accesos del Norte de Bogotá SAS., recurrió en apelación y censuró, en lo medular, la falta de análisis y estudio de los soportes probatorios adosados con la contestación a la demanda, así como la

respuesta al hecho décimo del libelo porque allí indicó que los pagos mensuales se obtenían de multiplicar las cantidades reales ejecutadas y autorizadas por los precios unitarios acordados, en coherencia con la cláusula cuarta contractual, aspecto demostrado con las facturas arrimadas con la contestación al libelo para fundar sus excepciones.

Lo acusó de no analizar los referidos soportes que dan cuenta de que el precio a sufragar dependía de la cantidad de obra ejecutada por la contratista, a pesar de que estos reflejan pagos en algunos meses (dic. 2017, ene. Feb. 2018) de sumas superiores a las que desde la interpretación del juzgador deberían haber sido saldadas. Además, tampoco decretó la testimonial solicitada y pasó por alto la declaración hecha por el representante legal de la accionante en el interrogatorio de parte, aun cuando demuestra el absoluto desconocimiento sobre la forma de reembolso convenida.

También le reprochó no haber aplicado con rigor los criterios hermenéuticos de los artículos 1620 y 1622 del Código Civil, a pesar de que debían ser puestos en coherencia con los soportes probatorios. A la par, le atribuyó la falta de interpretación de los soportes por ella adosados, específicamente las cuentas de cobró hechas por la contratista, aun cuando dan cuenta de las variaciones mensuales de pagos en las facturas generadas por su contraparte, con sujeción a la fórmula de pago, así como en los dispendios realmente efectuados. También invirtió la carga de la prueba al dar por demostrado que Conyser ejecutó las actividades cuyo pagó pidió le fuera reconocido,

aun cuando esa entidad nada acreditó al respecto, aunado a que omitió justificar el valor de las costas fijadas, con lo cual le vulneró el derecho de defensa a Accenorte al impedirle controvertir la tasación hecha por agencias en derecho y nada dijo en torno a la conducta del representante legal de la gestora en el interrogatorio de parte, aun cuando dejó en evidencia que desconocía la forma de pago del contrato.

3. No salen avante los anteriores reparos, toda vez que son inexistentes los desafueros atribuidos al juzgador de primera instancia en la definición de la pendencia.

Desde ya se precisa que, en lo que respecta al alcance de la pretensión, así como al concepto o ítem a que corresponde la parte del precio que exigió la demandante, la Sala se remite, en culto a la brevedad, a lo expuesto cuando desató el embate casacional, toda vez que allí analizó de fondo esa temática y determinó en amplitud, y con suficiente ilustración, lo pertinente, tanto así que hizo especial claridad en cuanto a que la acción se enderezó solamente por los valores impagados respecto del ítem 1 del contrato de prestación de servicios ACN-1040002 ajustado entre las partes, sin que resulte necesario volver a justificar las razones que guiaron esa conclusión.

En lo demás, tampoco tiene asidero la alzada, habida cuenta que la impulsora demostró que durante la vigencia del contrato realizó las actividades comprendidas en las trece (13) unidades en que se fraccionó el desarrolló del compromiso negocial pactado en el ítem 1, pues así consta

en la prueba documental. Específicamente, las actas de cumplimiento de actividades, que fueron allegadas, le dan respaldo a los hechos sobre los que se fundaron sus pretensiones y acreditan la ejecución de esos débitos, sin objeción de la contratante, tanto así que en el acta de liquidación ninguna inconformidad blandió frente a la realización de esa prestación convencional. Esta conclusión se fortalece con la respuesta dada por esa compañía a los hechos de la demanda, puntualmente al 12, 13 y 14, pues los aceptó.

Así se impone porque al responder el doceavo, dicha convocada contestó: «*es cierto, tal como lo menciona el demandante, se ejecutaron las actividades que previamente eran autorizadas por el demandado*». Igualmente, al referirse al número trece, en el que la accionante expuso que realizó el 100% de las actividades contratadas y que ello fue verificado por la contratante, esta última indicó «*es parcialmente cierto*» y agregó que era ella quien previamente determinaba las cantidades de obra a realizar, pero no justificó probatoriamente por qué lo hacía dado que el contrato había contemplado unidades fijas. Esa falta de precisión deja sin sustento la aclaración, y permite dar por cierto que la ejecución de las actividades fue verificada por Accenorte SAS «*mediante recorrido en la zona de influencia de la concesión de la Autopista Norte indicada en la cláusula primera del objeto del contrato (…) donde se constató en forma constante y sin ningún tipo de observación, inconsistencia o deficiencia el cubrimiento y abarcamiento del 100% mensual de la ejecución de los servicios convenidos*».

Igualmente, sobre el decimocuarto hecho, la contendora expresó: «*es parcialmente cierto, tal como se describe en la contestación del hecho decimotercero, las partes procedían mensualmente a efectuar la verificación de las actividades previamente aprobadas y realmente ejecutadas por el demandante, de lo cual levantaban la correspondiente acta que permitía al demandante presentar la factura de cobro*».

Como se logra advertir, en respuesta a esos hechos de la demanda, la encartada aceptó que la contratista realizó actividades de mantenimiento vial y que ella constató su realización, sin que, por demás, haya justificado probatoriamente el sustento de la aclaración que hizo sobre que era ella quien determinaba la cantidad de actividades a realizar por cada mensualidad, a pesar de que debía demostrar esa aseveración si lo que pretendía era hacer ver que las partes modificaron los términos del negocio privado, particularmente en torno a las cantidad de las actividades a realizar, así como respecto a los parámetros para su definición, cuantificación y cobro mensual. De modo que, al no haber evidencia de dicha manifestación, resulta imposible atender su planteamiento y, por el contrario, lo único que se extrae de sus respuestas es que admitió la plena materialización de los servicios asumidos por su contraparte en virtud de la expresada negociación privada.

En ese sentido, era dable entender que la gestora demostró que ejecutó todas las trece (13) unidades correspondientes al ítem 1, panorama que deja sin sustento la tesis ensayada por la censura y, por el contrario, reafirma

la del *a quo* en torno a que Accenorte SAS., se separó unilateralmente del programa obligacional, ya que rehusó el pago total que acordó sufragarle a Conyser Asociados Ltda., por la realización de las labores comprendidas en el precitado ítem 1 del contrato de prestación de servicios ACN-1040002.

Tampoco es cierto que las copias de las facturas arrimadas por Accenorte como anexo a la contestación de la demanda demuestran una realidad distinta en lo atinente a la forma de pago pactada en torno al ítem 1, sobre el que recayó la *litis*, siendo intrascendente lo que puedan revelar respecto de los demás ítems, esto es, del 2 al 3.2.8, pues sobre ellos ninguna pretensión enarboló la accionante.

Así acontece porque la demandada no demostró que los valores aludidos en las facturas expedidas por los referidos periodos (dic. 2017, ene y feb. 2018) correspondieran única y exclusivamente al ítem 1 del contrato, a pesar que debía acreditar esa circunstancia para sustentar su tesis, que de lo contrario no podía tener cabida comoquiera que el negocio comprendía otra serie de servicios complementarios consistentes en alquiler de equipos y personal de apoyo, los cuales tenían unos valores especificados en el contrato, según la intensidad en cuanto a cantidad y unidad medible en horas. Así aparece consignado en el esquema de precios de su cláusula primera, en la que aparecen descritas las actividades principales (*propias del mantenimiento vial*) cuya remuneración se pactó en precio fijo y otras complementarias, sujetas a costos variables. Todo ello coincide con la propuesta de 29 de enero de 2018,

incorporada al contrato por expresa disposición de las partes, situación que deja sin sustento a la antedicha justificación.

Es decir, si la accionada quería probar que los valores facturados entre diciembre de 2017 a febrero de 2018 correspondían exclusivamente al mantenimiento rutinario vial tenía que haber allegado evidencia capaz de abrigar ese hecho, para así evitar que se asumiera que tales pagos conciernen a los diversos conceptos establecidos en los ítems 1 a 3.2.8, lo cual no hizo. Luego, su planteamiento resulta impreciso y gaseoso por carecer de sustento probatorio, máxime si se tiene en cuenta que quien alega el pago de una obligación debe allegar soporte de ello (art. 1757 C.C.) y (167 C.G.P.). Así lo entendió el juez de primer nivel cuando se apartó de esa alegación y fijó la atención en el contenido mismo del contrato de prestación de servicios sobre el que se trazó la *litis*, a fin de establecer lo pertinente respecto a la falta de pago reclamada por la accionante en la demanda.

Bajo ese entendido, carece de asidero la crítica consistente en que se omitió valorar la respuesta y la justificación expresada por la convocada al contradecir el libelo, específicamente al responder el hecho décimo, toda vez que la postura allí expuesta por dicha opositora apuntó a hacer ver que el precio a pagar era variable y dependía de la cantidad de actividades ejecutadas por la contratista, tanto así que durante diciembre de 2017, enero y febrero de 2018 se facturaron y amortizaron valores superiores a los que por esos periodos se habrían causado de ser cierta la tesis del juzgador, sin que haya soporte de tal argumentación.

Asimismo, decae la inconformidad por la aplicación de los métodos interpretativos previstos en los artículos 1618 y 1622 del Código Civil, ya que el *a quo* los hizo actuar para reforzar su tesitura desde el ámbito de la juridicidad y en coherencia con la realidad procesal, según lo que cada uno contiene, pues, con apoyo en el primero, adveró que al ser clara la intención de las partes nada había que averiguar y, mediante el segundo, afirmó que la interpretación sistemática del contrato permite entender que la contratante debía pagar el precio pactado en las cláusulas primera y tercera del negocio y que la cuarta solo tenía como fin fraccionar el valor global concertado, para que se saldara cada mes siempre que se ejecutara el mantenimiento pactado, mas no que el valor señalado fuera virtual y hubiera quedado a la voluntad de Accenorte, sin que esa intelección luzca equivocada al ser coherente con el contenido contractual.

Con todo, no está de más precisar que, aun sin necesidad de acometer el laborío interpretativo censurado, la decisión adoptada era inevitable por fuerza de la realidad probatoria que salió a relucir. Lo anterior, porque el juzgador de primer grado identificó claramente la naturaleza del contrato ajustado entre las partes, al cual le dio el alcance que brota de su tenor literal, al cabo de lo cual fijó la atención en las prestaciones sobre las que recayó la controversia y, seguidamente, ubicó también el coste asignado al ítem 1 bajo la modalidad de valor global exigible solo por el hecho de que la contratista materializara todas las trece (13) unidades en que fue fraccionado el mantenimiento rutinario acordado

para esa prestación. Además, la forma como estas se comportaron en su ejecución no daba espacio para llegar a una conclusión distinta, toda vez que, se reitera, ninguna prueba sacó a relucir que ese ítem hubiera sido modificado en torno a su objetivo, ni respecto de la forma de cuantificar y sufragar las actividades y/o servicios de mantenimiento vial contratados.

En últimas, cabe decir que esa intelección no llevó al juzgador a establecer un actuar distinto al que fue pactado por los contrincantes procesales, de ahí que tales razonamientos no puedan ser tildados de equivocados, antojadizos o desfasados. Es así porque coinciden con el alcance y la función de cada uno de los citados sistemas interpretativos, tanto así que el *a quo* le dio prevalencia a la voluntad real de los implicados en coherencia con una comprensión sistemática del entorno contractual al cual aplicó dichas reglas interpretativas, sin que esa exégesis asome desfasada, toda vez que lo contrario llevaría a colegir que el precio quedó sujeto a lo que al respecto determinara la contratante, a pesar de no haber ningún elemento, ni siquiera indiciario, en respaldo de tal deducción.

Del interrogatorio de parte absuelto por Cristian José Castañeda Junca, representante legal del Conyser y Asociados SAS., no era dable inferir que las partes modificaron las actividades relativas al mantenimiento rutinario pactado, como tampoco lo concerniente al valor o forma de pago de tales actividades, pues ese directivo indicó que su representada cumplió lo pactado y que una vez

ejecutadas dichas labores, Accenorte las verificaba, a entera satisfacción, y que luego se hacía la cuenta de cobro de acuerdo con lo que esa entidad autorizara.

En ese sentido, dicho dirigente expresó que «*…ellos nos pagaban el 46% y siempre nosotros estábamos pidiendo, pues que qué pasaba con el resto porque nosotros habíamos ejecutado el trabajo, nunca nos dijeron que no lo hiciéramos, ni que lo hiciéramos, nunca nos dijeron ellos nada*». (min 11:28" a 11:44"), y a la pregunta «*¿usted presentó alguna factura de cobro de ese trabajo que usted dice que no le pagaron*?», respondió: «*nosotros no podíamos porque teníamos que ir, fuimos a una reunión con el doctor Echavarría que era el gerente, y entonces nosotros íbamos a cobrar y él decía pasan por eso o sino obligo a no pagar y como nos debían otras cuentas atrasadas…. Entonces, nos tocaba someternos a lo que él dijera… nosotros teníamos que pagarle a la gente, entonces nos obligaba prácticamente a hacer eso. Nos tocaba por lo que ellos nos dijeran*». (min 11:45 a 12:34"), luego, de esa declaración no emerge el efecto que alega la convocada, ni ningún otro que desvirtúe las anteriores conclusiones, lo cual descarta el desacierto que se le atribuye al *a quo* en torno a la ponderación de esta prueba.

La crítica blandida sobre las costas y agencias en derecho fijadas por el *a quo* tampoco tiene asidero, pues al haber prosperado la acción, en la que hubo oposición de la parte que salió vencida, esa determinación devenía forzosa, sin que sea este el espacio para censurar el monto fijado por el último de esos conceptos, ya que para ello la ley prevé otro escenario procesal en el que podrá ser cuestionado y debatido el mencionado aspecto.

4. Por tanto, resultan imprósperos los reparos de la alzada, debiéndose mantener la sentencia apelada y condenar en costas, de ambas instancias, a la demandada.

5. Pronunciamientos accesorios:

En lo que sigue, la Sala hará precisión sobre los intereses moratorios y la cláusula penal, sin que por ello exceda su competencia, toda vez que ese laborío resulta necesario para fijar los límites cuantitativos de ambos conceptos y armonizarlos con el artículo 283 del Código General del Proceso, en torno a la condena en concreto y su actualización en el fallo de segunda instancia, de ahí que se trate de decisiones que debe adoptar de oficio, sin que, por demás, ello haga más gravosa la situación de la única apelante.

5.1. En este evento, la accionante solicitó intereses sancionatorios mercantiles desde que se liquidó el contrato hasta que se le pagué el saldo insoluto correspondiente al mantenimiento rutinario, y el *a quo* los reconoció durante ese lapso en el «*equivalente a una y media veces del bancario corriente*», conforme lo prevé el artículo 884 del Código de Comercio, sin que dicho ordenamiento haya sido apelado, situación que lo torna inmutable.

Esa precisión es relevante porque, aunque el artículo 283 del Código General del Proceso, dispone que «*[e]l juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun*

cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado», en este caso no resulta posible aplicar esa regla frente al saldo insoluto del mantenimiento rutinario reconocido en la sentencia apelada, toda vez que el interés legal mercantil, que constituyó el parámetro legal para sancionar la mora de la convocada, en los términos y límites previstos por el artículo 884 del Código de Comercio, precepto aplicable al tratarse de un negocio comercial, lleva consigo indización indirecta o vía refleja. Luego, acumular ambos sistemas implicaría aceptar una doble actualización o revalorización de dicha cantidad dineraria, como lo ha reiterado la Corte (CSJ SC 30 may. 1996, rad. 4602; SC 25 abr. 2003. Rad. 7140; SC 6 jul. 2007, rad. 7504; SC 15 ene. 2009, rad. 2001-00433-01; SC 13 may. 2010, rad. 2001-00161-01 y SC11331-2015), de ahí que ello constituya doctrina probable, según el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

Al efecto, en la primera de esas decisiones, la Corte explicó:

> *De otra parte, es preciso advertir que el interés legal de carácter mercantil, (…) incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero, lo que por ende descarta la posibilidad de que en este caso, junto al pago de los intereses moratorios, se imponga condena de suma alguna en función compensatoria de la depreciación monetaria, toda vez que de obrar en sentido contrario, se estaría propiciando un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en desmedro del deudor el cual, contrariando el sentido básico de equidad que debe regir en estas materias de suyo sensibles en extremo, se vería forzado injustamente a pagar dos veces por igual concepto. Otra habría de ser la situación, en cambio, sí el acreedor demandante hubiese demostrado que los perjuicios sufridos en razón del retardo injustificado en el cumplimiento de la obligación y referidos al envilecimiento de la moneda por inflación, no los cubren plenamente los intereses, evento en el cual habría podido entonces solicitar y obtener el reconocimiento de la respectiva indemnización, hipótesis que sin embargo no es la llamada a operar en la especie litigiosa en estudio.*

Asimismo, en el último de esos fallos, expresó que:

> *(…) la compatibilidad de la indexación y de los réditos depende de la clase de estos últimos, pues si son los civiles nada impide la coexistencia de esos dos conceptos; en cambio, si se trata de los comerciales, en tanto ellos comprenden ese concepto (indexación indirecta) «imponer la corrección monetaria, per se, equivaldría a decretar una doble -e inconsulta- condena por un mismo ítem, lo que implicaría un grave quebranto de la ley misma, ya que ésta ha establecido, en forma imperativa, que la manera de hacer el ajuste monetario de las obligaciones dinerarias de abolengo mercantil, es por la vía de los intereses, por la potísima razón de que está entronizado en uno de los factores constitutivos o determinantes de la tasa reditual de mercado».*
>
> *Lo que sucede es que el interés legal comercial, el cual corresponde al interés bancario corriente al que alude el artículo 884 del estatuto mercantil, se certifica por la Superintendencia Financiera con base en las ponderaciones de los promedios de las tasas efectivamente cobradas por los establecimientos de crédito, operación ésta que atiende las condiciones de oferta y demanda de préstamo de los recursos; el riesgo inherente a la actividad; el fenómeno inflacionario de la economía y la devaluación que experimenta la moneda nacional en el mercado, de ahí que ese tipo de interés involucra un componente de corrección monetaria y otro de tasa pura.*

5.2. La cláusula penal.

Esta institución tuvo su origen en la *stipulatio poenae* del derecho romano, que era una obligación condicional mediante la cual una de las partes se comprometía a satisfacer una prestación a favor de la otra en el evento en que un determinado suceso por ellas previsto llegara a ocurrir. Su fin era hacer coercibles ciertos cumplimientos que no tenían sanción legal, esto es, pretensiones privadas que estaban desprovistas de tutela jurídica.

Dicha estipulación, de carácter accidental, tenía un doble propósito, pues servía para imponer al deudor la

necesidad de honrar sus débitos. De lo contrario, quedaba obligado a pagar la pena, pero también le permitía al acreedor ser indemnizado en caso de que el otro extremo negocial desatendiera sus compromisos, sin tener que acreditar el daño sufrido por ese incumplimiento, ni su cuantía.

La figura *legis* se mantuvo en el medioevo, pues hizo presencia en el Código francés de 1804, donde fue incluida con algunas adaptaciones, y pasó a algunas legislaciones modernas a través de ese ordenamiento que fue adoptado por muchos sistemas jurídicos, entre ellos el Código Civil de Chile, redactado por Andrés Bello.

Un importante expositor de la cultura jurídica occidental indica que «*la stipulatio ponae era usada por los romanos, bien para conseguir con tal estipulación el establecimiento de una obligación meramente condicional, bien para crear un tipo de obligación de caracteres propios, perfectamente diferenciada de la obligación condicionada y que ha pasado a los códigos modernos con el nombre de cláusula penal*[4]».

En Colombia, el Código Civil[5] la consagra de manera polifuncional, pues le otorga un carácter aflictivo o de apremio, pero también le da un tratamiento de caución, así como una función indemnizatoria. Al efecto, el artículo 1592

4 PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 1982, pág. 25.

5 Fue expedido bajo la Ley 84 de 1873 y se incorporó al ordenamiento mediante la Ley 57 de 1887.

ibidem dice que «*[l]a cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*», lo cual permite entender que también es un pacto punitivo.

Se trata, en estricto sentido, de un acto jurídico que se manifiesta como un elemento accidental de los contratos y origina una obligación accesoria y condicional, que puede ser divisible si la obligación principal es sobre cosa divisible, sin desconocer que dicha penalidad está sujeta a reducción o moderación cuando a ello haya lugar.

Esos caracteres, que distinguen a la cláusula penal de cualquier otro vínculo jurídico, brotan de la propia ley. En efecto, el artículo 1593 *ejusdem*, le otorga carácter accesorio, y el precepto siguiente le confiere un tratamiento especial en torno a su exigibilidad (art. 1594) al decir que se activa según sea la naturaleza de la obligación principal, esto es, desde que el deudor sea constituido en mora, en el caso de las prestaciones positivas o desde que ejecutó el hecho que acordó no realizar, tratándose de las negativas (art. 1595 ib.).

De igual manera, el artículo 1596 *ejusdem* contempla un sistema de equilibrio y de reducción proporcional de la pena para el evento en que la obligación principal haya sido parcialmente atendida y prevé que «*[s]i el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de*

cumplimiento de la obligación principal», lo cual coincide con el artículo 867 del Código de Comercio. A su vez, el 1597 ib., admite su divisibilidad si la prestación principal a que accede tiene tal connotación; mientras que el 1600 *ib.*, prohibe acumular la pena con perjuicios, salvo pacto expreso en tal sentido, pero autoriza al acreedor para ejercer una de esas alternativas; y el 1601 *ib.*, dispone que está sujeta a rebaja o moderación cuandoquiera que exceda al duplo de la prestación principal.

En síntesis, la cláusula penal tiene tres funciones, ya que sirve de apremio para coaccionar al deudor a cumplir sus débitos, en cuyo caso es moratoria o retardataria; puede constituir una garantía para el acreedor cuandoquiera que remplace la obligación principal incumplida; y, finalmente, permite estimar de forma anticipada los perjuicios, evento en el que asume un rol compensatorio, es decir, se tiene como indemnizatoria y exime al acreedor de probar la existencia del demérito y su cuantía (art. 1599 ibidem.), pues lo tasa y determina de forma convencional y anticipada.

En este último caso, la ley civil prohibe exigir la obligación principal y la pena, excepto que se haya estipulado «*la pena por el simple retardo*», o convenido que «*por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal*», toda vez que en cualquiera de esos eventos la cláusula penal asume un carácter compensatorio, es decir, remplaza la obligación principal, según el artículo 1594 *ejusdem*.

En tal sentido, -anota Fueyo Laneri[6]- «*[l]a exigencia del legislador para amortizar la acumulación de lo principal con la pena, cuando esta tiene carácter moratorio, es mucho menor. Era de imaginarlo. En efecto, no se pide una "estipulación" directamente, como en el caso de la pena compensatoria, como es obvio, sino que "aparezca" tal acuerdo, exigencia bastante menor*».

En el ámbito nacional, Ospina Fernández[7] sostiene que «*[p]or tanto, el artículo 1600 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que esta se deje expresamente a salvo y, por ello*», agrega el citado jurista, «*dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena solo se endereza a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución parcial o total, o por la ejecución defectuosa de esa obligación*».

Con esa misma orientación, otro sector de la doctrina privatista occidental[8] argumenta que:

> *Puede estipularse la acumulación de la pena moratoria con la obligación principal (art. 1537). Ninguna anomalía hay en esta acumulación, porque la pena moratoria no representa el objeto*

---

6 FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. Tomo IV. Las obligaciones. Vol. I. Imp. Y Lito. Universo S.A. Valparaíso, Chile. 1958, pág. 353.

7 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis. 8ª Edición. Bogotá, 2018, pág. 153.

8 RODRÍGUEZ, Arturo Alessandri, SOMARRIVA U. Manuel y VODANOVIC H. Antonio. Tratado de las obligaciones. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión 2da Edición. Santiago de Chile. 2009, pág. 345.

> *mismo de la obligación, sino que tiende a indemnizar el retardo, los perjuicios derivados de éste. En este caso no es necesario que la acumulación se haya estipulado expresamente; basta -como dice el Código- que ella aparezca haberse estipulado (art. 1537). El que aparezca estipulada la pena por el simple retardo, puede comprobarse tanto por la existencia de una estipulación expresa como de una tácita que se desprende inequívocamente de las diversas cláusulas del contrato o de los antecedentes del caso. Podría deducirse que hay una pena moratoria cuando el monto de ella es muy inferior al de la obligación principal.*

A la par, el ordenamiento jurídico presume que, al convenirla, las partes optaron por la función indemnizatoria, pues para que tenga el carácter de apremio se requiere pacto expreso en tal sentido, sin olvidar que, en este último caso, es decir, cuando la estipulación tiene función moratoria o de simple apremio, el artículo 1600 del Código Civil reprime la acumulación de la pena y los perjuicios, excepto que así se haya pactado, en cuyo caso le confiere al acreedor un derecho de opción para elegir lo que más convenga a sus intereses.

En punto de su reducción, el artículo 1596 ídem advierte que «*[s]i el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal*», regla que es concordante con el ordenamiento mercantil, cuyo artículo 867 *in fine* dispone que «*[c]uando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte*», lo cual

acompasa con el principio de proporcionalidad entre la infracción y su reproche, que, al ser un dictado general, tiene inclusive venero en la Constitución Política.

Ese parámetro de que todo castigo ha de ser proporcional a la entidad o magnitud del quebranto, coincide y se articula con lo justo. Por ejemplo, si el deudor de $10'000.000 está sujeto a una penalidad de $2'000.000, pero paga la mitad de la deuda, es de esperar que la pena se reduzca en proporción al saldo pagado, pues así lo impone la equidad. Entonces, la sanción será solo de $1'000.000.

Frente a ello, la doctrina especializada reflexiona respecto a que «*[l]a sanción ha de estar en relación con la magnitud de la violación contractual y sus consecuencias perjudiciales para el contratante..*»[9]; a lo cual agrega que «*[e]l legislador contempla expresamente el caso de cumplimiento parcial de la obligación principal, y establece … que, si el acreedor lo acepta [refiriendose al pago], el deudor tiene derecho a que se le rebaje proporcionalmente la pena estipulada*»[10]; también añade que «*en caso de inejecución parcial, la pena no es debida más que parcialmente*[11]» y adiciona que «*el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o*

9 DE CASTRO VÍTORES, Germán. La Cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo. Editorial Dykinson. Madrid, 2009. Pág. 132.

10 SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Tratado de las cauciones. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Santiago de Chile, 1943, pág. 30.

11 JOSSERAND Louis. Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 522.

irregularmente cumplida… La reducción ha de basarse en un juicio de equidad sobre el presupuesto de un incumplimiento parcial o irregular de la prestación (aceptado por el acreedor, nunca de un incumplimiento total[12]».

En todo caso, al analizar una cláusula penal se debe tener en cuenta su rol frente a cada una de las partes, especificamente en lo que tiene que ver con los supuestos en que se activa respecto de cualquiera de ellas; lo anterior, en consideración a que las obligaciones de cada parte de la relación negocial suelen ser sustancialmente diversas, como distinto es también el camino trazado para su realización o cumplimiento.

5.2.1. En el *sub júdice*, frente al instituto legal analizado, las contratantes ajustaron la siguiente disposición:

> ***DÉCIMA****: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento de las Partes de cualquiera de sus obligaciones contenidas en el presente contrato, y que estén debidamente comprobadas, deberá reconocerse a favor de la otra Parte,* ***a título de pena****, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del presente contrato* (se resalta).

Esa cláusula, según aparece redactada, fue moratoria o de apremio, que no compensatoria, toda vez que buscó persuadir a las partes de cumplir sus débitos y no tuvo como propósito estimar delanteramente los perjuicios ante su incumplimiento o la ejecución tardía o imperfecta. Nótese

12 DÍEZ PICAZO, Luis y ANTONIO Guillón. Sistema de derecho civil. Volumen II, Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. Editorial Tecnos. Madrid, 1976. Pág. 135.

que previno a la contratista para ejecutar las labores convenidas, acorde con lo acordado, so pena de que la contratante le descontara un veinte por ciento (20%) del valor total del negocio.

Lo anterior se refuerza al tener en cuenta que la obligación principal de la contratante era de pagarle a la contratista una suma determinada de dinero, a título de contraprestación, específicamente $6.577'686.592, de ahí que la propia naturaleza de ese débito negocial, esto es, su carácter dinerario, impide entender que la penalidad tenía efecto compensatorio, ya que ello significaría sustituir el objeto inicial de la obligación insatisfecha por una suma de dinero, situación que confirma el carácter moratorio de la cláusula en cuestión, pues «*si desde un comienzo la obligación es dineraria no puede ser sustituida luego por dinero*» (CSJ SC 10 jul. 1995, rad. 4540), sobre todo si se observa que el valor que por ella se convino fue ínfimo en comparación al de la obligación principal a cargo de la contratante, habida cuenta que se estimó en el veinte por ciento (20%) del precio global pactado.

Esta comprensión se reafirma con la estipulación decimoséptima contractual en cuanto dispuso que «*[e]l contratista será el único responsable por la ejecución del presente contrato y está obligado a mantener indemne por cualquier concepto al contratante*…». Luego, ese panorama confirma el carácter de apremio o retardatario de la penalidad y hacía posible exigirla en concurso con la prestación principal (CSJ SC 029 de 23 de may. de 1996).

Lo contrario, es decir, darle otro alcance a tal cláusula punitiva, implicaría romper el equilibrio contractual y hacer gravosa la situación de la parte acreedora del precio, a cuyo favor se activó ese pacto accesorio, pues le impediría reclamarlo junto con la contraprestación incumplida por la contratante, a pesar que el negocio deja entrever que la intención de las partes al incluir tal pena civil, fue la de prever un mecanismo de apremio que las instara a honrar sus débitos con estricta sujeción al programa obligacional, mas no que ante su incumplimiento total o parcial, imperfecto o tardío, la penalidad remplazara, en todo o en parte, la prestación que fuera insatisfecha, pues de esto último no hay evidencia.

Los anteriores razonamientos les dan pábulo a las pretensiones a través de las cuales la accionante reclamó el saldo del precio y también la penalidad concertada; no obstante, como la contratante cumplió una parte de la obligación principal, toda vez que saldó parcialmente el precio fijado, ello significa que su infracción al contrato no fue total, sino parcial. Esta precisión es importante, pues, aunque esa desatención negocial detonó la cláusula penal, hay lugar a rebajarla en relación con la magnitud cumplida, pues así lo prevén los artículos 1596 Civil y 867 *in fine* Comercial. Además, la equidad hace razonable proceder así para que haya proporcionalidad entre la parte de la obligación pagada y el valor a reconocer por la penalidad.

Desde esa perspectiva, como el contrato revela que el precio total pactado fue de $6.577’686.592 y la demandante

indicó que la contratante le dejó de pagar $2.171’483.153 de ese valor global, ello significa que hubo cumplimiento parcial, es decir, que la deudora de ese débito amortizó $4.406’203.439 del cien por ciento (100%) del coste total convenido. Quiere ello decir que cumplió un 69,99% de esa contraprestación económica y la infringió en un 33,01%, de ahí que deba ser rebajada la pena civil a imponer en proporción a la parte del precio cumplida, con sustento en las citadas pautas legales.

5.2.2. Entonces, como la cláusula penal se convino en el 20% del valor total del contrato ($6.577’686.592), en principio, esta sería igual a $1.315’537.318; empero, al rebajarse ese valor en proporción al porcentaje en que fue satisfecha la obligación principal, o sea en un 69,99%, ello da $920’744.569, lo cual significa que la penalidad será determinada por el monto que resulte de restar este último valor al máximo que era posible por dicho concepto si la desatención negocial hubiera sido total. Por tanto, al realizar la operación aritmética, se obtiene $394’792.749, valía que será el valor a reconocer a título de pena.

5.2.3. Actualización de la cláusula penal.

La jurisprudencia ha establecido que la cláusula penal no admite indexación porque se trata de una sanción civil y que, por tanto, su ámbito de aplicación es restrictivo y opcional, excepto que las partes hayan previsto en el contrato dicha actualización, según lo registran CSJ SC 23 jun. 2000, rad. 4823 y SC 18 dic. 2009, rad. 2001-00389-01.

Sin embargo, al revisar nuevamente esa solución, sustentada en el nominalismo, se advierte su falta de coherencia con la pérdida del poder adquisitivo propiciada por la inflación que ha estado presente en la economía mundial durante siglos, pero que se ha hecho sentir con mayor fuerza especialmente desde hace varias décadas, y que altera de forma significativa y constante el poder adquisitivo del dinero, situación que justifica reconducir tal comprensión hermenéutica en el sentido de indicar que es procedente actualizar el valor de la cláusula penal, de tal modo que la acreedora reciba su valor actual o de curso, es decir, traído a presente, por contraposición al nominal.

La orientación que ahora se emprende hace tangible el principio de plenitud de pago, en armonía con los postulados de justicia, equidad, razonabilidad, proporcionalidad y reparación integral o plena establecidos en el ordenamiento jurídico, conforme lo registran importantes normas, entre ellas el artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y también el artículo 283 del Código General del Proceso, que guían en ese sentido la actividad del juez y le permiten solucionar de forma completa, ordenada y justa los conflictos sociales sometidos a composición por vía jurisdiccional.

El tema de la indexación no es novedoso, por el contrario, ha sido abordado en otras ocasiones en que la jurisprudencia ha escudriñado y autorizado la corrección de otras partidas de contenido patrimonial. Al efecto, en CSJ SC2217-2021 rectificó la doctrina en torno a la corrección

monetaria de los frutos civiles y para ello expuso las razones de orden histórico, económico e ideológico que justificaron el acogimiento del nominalismo en el derecho francés y, por rebote, en los sistemas contemporáneos inspirados en ese ordenamiento jurídico. Allí mismo, destacó que el fenómeno inflacionario, que ha hecho presencia desde hace siglos, pero que impactó gravemente la economía mundial después de la mitad del siglo pasado, llevó a que la jurisprudencia sustituyera ese postulado por un enfoque o criterio valorista «*…que considera que la magnitud de una obligación monetaria no está definida por una suma nominal de unidades de dinero, sino por el valor definido en esas unidades de dinero*», aunque de forma limitada, ya que solo se refirió al valor de los frutos civiles, de ahí que dejó por fuera otros tantos e importantes aspectos a ser considerados en el ámbito contractual.

Esa misma línea fue seguida en CSJ SC4125-2021 cuando añadió que «*la pérdida del poder adquisitivo es una variable que erosiona cualquier suma de dinero, independientemente del concepto que la genera*», todavía más si se tiene en cuenta que el fenómeno de la inflación sigue estando presente en la economía contemporánea, de tal suerte que modifica de forma significativa el valor del dinero en el mercado, ya que este se deprecia con el paso del tiempo.

5.2.4. En esta oportunidad, la Sala encuentra que la tesis que se ha orientado por negar la indización de la cláusula penal, se revela odiosa con costosos principios de orden constitucional, principalmente con aquellos que abogan por la justicia material y la equidad, pues se trata de

un tema de orden económico que se ve afectado y sufre las severas consecuencias de la inflación, toda vez que este fenómeno está presente en la economía y, por consiguiente, impacta y disminuye el alcance patrimonial del derecho radicado en cabeza de una de las partes y a cargo de la otra.

Con mayor razón, si se tiene en cuenta que la cláusula penal es un pacto accesorio que nace en el contrato, pero está llamado a producir efectos generalmente después de un tiempo de haberse perfeccionado ese vínculo principal a que accede, sin perder de vista que suele ser reconocida en la sentencia que define el proceso judicial donde se debate su exigibilidad, y que esa decisión se da usualmente después de haber transcurrido un término significativo desde que se produjo el hecho generador, valga decir, cuando se cumplió la condición suspensiva de la cual dependía su exigibilidad, esto es, el incumplimiento total o parcial de las prestaciones radicadas en cabeza de la parte compelida a pagarla.

Con vista en esos razonamientos, resulta cuestionable la idea de mantener su valor nominal, sobre todo porque la penalidad es reconocida en una cantidad dineraria que debió ser puesta en manos del acreedor cuando se cumplió la condición a que estaba sometida su exigibilidad y que no le fue entregada allí y solo después de un juicio podrá recibir.

De ese modo, no solo resulta irrazonable, sino también desproporcionado insistir en mantener su valor nominal, toda vez que ello implica desconocer la pérdida del poder adquisitivo que fatalmente se produce con el paso del tiempo

debido a la presencia de la inflación en la economía, en franco deterioro de las prerrogativas de la parte a cuyo favor se activa y reconoce ese débito negocial.

Además, el solo hecho de que se trate de un pacto privado no significa que se deba despojar al acreedor del derecho a obtener, en justicia y con equidad, el valor actual de dicha prestación contractual. Lo contrario significaría persistir en aceptar uno nominal y desactualizado, sin tener en cuenta la inflación que, se insiste, produce la depreciación o desvalorización del dinero con el paso del tiempo y reduce, por tanto, su poder adquisitivo en la economía.

Decir, como se ha expresado hasta ahora, que en virtud de la cláusula penal los contratantes tienen en cuenta el factor inflacionario y que, por consiguiente, ello frustra la posibilidad de indexar su valor, no solo constituye una visión artificial que es refractaria a la realidad material, sino que implica mantener una postura ajena a los principios de justicia, equidad y reparación integral que apuntan precisamente a que la solución de sumas dinerarias se haga con sujeción al postulado de la plenitud de pago para así mantener el equilibrio económico del contrato.

Todas esas razones permiten concluir que el valor de la cláusula penal es susceptible de ser indexado, por regla general, a partir de que el deudor sea constituido en mora, pues desde ahí queda compelido a pagar tal obligación, como lo informa el artículo 1595 *ibidem*, según la naturaleza de la prestación, es decir, positiva o negativa. Excepcionalmente,

y esta esa la subregla, cuando concurran circunstancias especiales que impongan otro punto de partida o *dies a quo*, estas deberán ser analizadas por el juzgador, a partir de criterios objetivos que estén debidamente justificados en su decisión y gocen de respaldo legal o fáctico, toda vez que se trata de un aspecto que no está sometido a su discrecionalidad o *arbitrium judicis*. Lo anterior es relevante en este evento porque la parte a cuyo favor se reconoció la penalidad no apeló la decisión que se abstuvo de indizarla. Luego, aunque el fallo de segunda instancia mantuvo esa decisión, la indexación de esa prestación será viable solo en los términos del artículo 283 *ejusdem*, esto es, durante el lapso transcurrido entre el veredicto de primera y el de segunda instancia.

Téngase en cuenta que la citada norma dispuso que «*[e]l juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado*», en aras de ajustar el valor de cualquier condena impuesta por el *a quo* hasta el momento en que se dicta la sentencia de segundo grado, comoquiera que en ese ínterin se ve afectado negativamente el poder adquisitivo del dinero que debió ser puesto en manos del acreedor en el tiempo que dispuso el *a quo* y que dejó de serle entregado en ese momento al haber sido apelada la decisión que así lo resolvió, tanto así que solo después de zanjarse dicho embate le tendrá que ser entregado.

Si se omitiera esa indización, ello implicaría mantener el valor inicial de la condena y desconocer la desvalorización del peso que fatalmente se produjo durante el tiempo transcurrido entre el fallo de primera y el de segunda instancia, pero lo más grave es que ello significaría estimular a la parte vencida a recurrir la sentencia condenatoria con la convicción de que, de ser esta confirmada, solo estaría obligada a pagar el valor nominal fijado en tal proveimiento, con abstracción del tiempo transcurrido desde entonces hasta la de segundo grado, en perjuicio de la beneficiaria, quien, en ese contexto, vería reducido su derecho.

En suma, procede la indexación en los términos de la citada norma procesal, toda vez que esta apunta precisamente a que la solución de sumas dinerarias se haga con sujeción al postulado de la plenitud de pago para así mantener el equilibrio económico del contrato, lo que, además, corresponde con la interpretación teleológica de ese precepto, ya que tiene en cuenta la finalidad intrínseca propuesta por el legislador.

Se actualizará el valor de la penalidad $394’792.749, desde el 30 de marzo de 2022, cuando se dictó el fallo apelado, hasta la fecha en que se profiere esta sentencia, según el Índice de Precios al Consumidor -IPC-, es decir,

$$Va = Vh \times \frac{If}{Ii}$$

IPCi mar. 2022= 116,26*
IPCf nov. 2023= 136,45*

Entonces,

$$Vh = \frac{If}{Ii}$$

Se despeja, así: $394’792.749 x $\frac{136,45}{116,26}$ = $463’353.437.

Por tanto, el valor a reconocer por la cláusula penal inicial, que era de $394’792.749, queda en $463’353.437.

6. En síntesis, no prospera la alzada y, por tanto, se mantendrá el fallo apelado, pero será modificado de conformidad con los ajustes efectuados en las anteriores motivaciones, y se condenará en costas de ambas instancias a la demandada, según lo dispuesto en el numeral 1º, artículo 365 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia de 9 de agosto de 2022, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo promovido por Conyser Asociados SAS contra Accesos del Norte de Bogotá SAS.

Sin costas en casación.

Y situada en sede de instancia,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia apelada, el cual quedará del siguiente tenor:

CONDENAR a Accesos del Norte de Bogotá SAS., Accenorte SAS., a pagar a Conyser y Asociados SAS las siguientes sumas de dinero, una vez ejecutoriada esta sentencia:

1. $2.121'483.153 por el saldo del precio acordado en el ítem 1 del contrato de prestación de servicios ACN 1040002.

2. $463'353.437 por concepto de la cláusula penal pactada.

3. Por los intereses moratorios sobre la suma prevista en el numeral primero de este ordinal, liquidados a la tasa máxima legal comercial, desde que se liquidó el contrato, hasta tanto se efectúe el pago a la acreedora, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR, en lo demás, la sentencia apelada.

TERCERO. Costas de ambas instancias a cargo de la demandada, a favor de la contraparte. Inclúyase en las de segunda ($7'000.000) por agencias en derecho, que fija el Magistrado ponente.

Tómense las anotaciones pertinentes, por secretaria, y envíese al Tribunal copia de esta providencia.

NOTIFÍQUESE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Presidente de Sala
Salvamento parcial de voto

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Salvamento parcial de voto

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala
Salvamento parcial de voto

Hilda González Neira
Magistrada
Salvamento de voto

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 06073D2FE5F2EFE74AE5C4DA0F444E5C11F57F7C2C1E428292A3990F82216339
Documento generado en 2024-01-12

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicado: 11001-31-03-041-2020-00020-01

M.P. Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque

Con el acostumbrado respeto por mis compañeros de Sala, presento salvedad parcial de voto respecto al reconocimiento de la indexación de la cláusula penal, contenido en la parte resolutiva de la sentencia sustitutiva.

El motivo de mi disidencia sobre el punto en mención, se concreta a que, contrario a lo que se sostiene en la parte considerativa sobre el particular, considero que, en esencia, la mayoría de la Sala al emitir la sentencia de reemplazo se alejó de los límites que el artículo 328 del Código General del Proceso le impone al juzgador de segunda instancia, en el sentido que «*deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley*», lo que trascendió a hacer más desfavorable la situación del apelante único, con desconocimiento de lo ordenado en la misma disposición.

Debe tenerse en cuenta que la promotora de la litis, entre las súplicas de su demanda, solo pidió el pago de la cláusula penal por la suma de $1.315.537.318 sin ningún otro aditamento y que el juez de primer grado accedió a esa aspiración en la forma en que fue reclamada, lo que resultaba

consecuente con el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso.

En esa medida, como la parte demandante no formuló por vía de apelación reproches contra el fallo de primera instancia, ello significa que no consideró lesionado ningún interés particular con tal determinación, de ahí que, de su lado, ese tema resultaba pacífico en la segunda instancia. Desde el punto de vista del demandado vencido, es incontrastable que la decisión desfavorable por ese concepto se limitó al monto de la condena en sí, esto es, sin corrección monetaria, porque no fue solicitada ni conferida oficiosamente por el *a quo*, y como bien se afirma en el segmento de la sentencia del cual me aparto, en su Jurisprudencia, esta Corte ha sostenido la improcedencia de la indexación en tal evento, a menos que las partes así lo hubieren acordado, lo que significa que el único recurrente acudió ante el superior con la certeza de que la obligación de pago por ese *ítem* era la nominal, tal y como fue impuesta por el *a quo*.

En el descrito panorama, no comparto las apreciaciones efectuadas por la Sala -actuando como Juez de la apelación por virtud del éxito de la demanda de casación-, en lo concerniente a la viabilidad de «*actualizar la cláusula penal*» en este caso concreto, no solo porque si la parte demandante no apeló el fallo de primera instancia no era ese un tema sobre el que tuviera que pronunciarse, sino también porque con esa

determinación resultó haciendo más gravosa la situación del apelante único, quien si bien obtuvo la disminución de esa condena por aplicación del principio de proporcionalidad, de todas maneras, resultó afectado negativamente por una orden de indexación a todas luces novedosa en el análisis de la sentencia de reemplazo.

Aunado a lo anterior, no comparto el argumento referente a que el ejercicio de actualización cuestionado pueda inscribirse en el cumplimiento del deber que el artículo 283 del Código General del Proceso impone al juez de segunda instancia respecto a «*extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado*», pues una cosa es extender la condena en los términos reconocidos por el *a quo* o modificados por el Tribunal al resolver los puntos de apelación, y otra, muy distinta, incrementar oficiosamente la manera en que se debe liquidar un rubro de la condena como la cláusula penal.

En conclusión, considero que no era este el escenario pertinente para proponer un cambio jurisprudencial como el que se plantea.

Quedan así plasmados los motivos de mi desacuerdo parcial con lo decidido.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 510CACF7695100BE7E89AB473F7C3E6FC8F138AE7A17C1CFB708C78E130BF67C
Documento generado en 2024-01-12

MAGISTRADA

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Radicación n° 11001-31-03-041-2020-00020-01

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto, me permito expresar las razones por las cuales disiento parcialmente de la decisión que se adoptó en la sentencia de casación de la referencia, en cuanto abrió paso a la indexación de la cláusula penal.

1.- Conyser Asociados SAS llamó a juicio de incumplimiento contractual a la compañía Accesos del Norte de Bogotá S.A.S., respecto del contrato de prestación de servicios ACN 1040002 y, consecuentemente, se le condene a pagar el faltante del valor acordado por concepto de mantenimiento rutinario, correspondiente a la suma de $2.171.483.153 y la cantidad de $1.315.537.318 a título de cláusula penal junto con los intereses moratorios a la tasa máxima legal.

Tales pedimentos tuvieron eco ante el juzgador de primer grado, quien accedió a las pretensiones de la demanda, mientras que, al desatar la alzada formulada por

la vencida, el *ad quem* revocó el veredicto y, en su lugar, desestimó todos los reclamos.

2.- La sentencia de casación halló acreditada la existencia de yerros manifiestos y trascendentes que justificaban el quiebre de la decisión de segundo grado y tras casar emitió el pronunciamiento de reemplazo, siendo frente a esta última que la suscrita tiene un disenso parcial, habida cuenta que si bien el material demostrativo arrimado al legajo permite inferir tanto el respeto de la actora de los compromisos adquiridos como el incumplimiento parcial de la prestación remuneratoria a cargo de la convocada, lo que justificó, tanto el reconocimiento del derecho a que se le cancelen los valores faltantes para el pago total de lo adeudado junto con los intereses causados, como de la cláusula penal acordada por dicho incumplimiento, con la reducción de rigor, acorde con la entidad misma del desacato, mi apartamiento se ciñe a la determinación de indexar el valor reconocido a título de la cláusula penal.

3.- Para apoyar esta solución se recordó el precedente de la Sala que ha respaldado la inviabilidad de esa indexación para decir que dicha postura resulta incoherente con la pérdida del poder adquisitivo, pues desconoce «*el principio de plenitud de pago, en armonía con los postulados de justicia, equidad, razonabilidad, proporcionalidad y reparación integral o plena*».

Se sostiene que «*el solo hecho de que se trate de un pacto privado no significa que se deba despojar al acreedor del derecho a obtener, en justicia y con equidad, el valor actual de dicha prestación*

contractual. Lo contrario significaría persistir en aceptar uno nominal y desactualizado, sin tener en cuenta la inflación que, se insiste, produce la depreciación o desvalorización del dinero con el paso del tiempo y reduce, por tanto, su poder adquisitivo en la economía».

Además, tras los planteamientos económicos que, según la postura mayoritaria, justifican la indexación de la cláusula penal, se pone de presente que «*la parte a cuyo favor se reconoció la penalidad no apeló la decisión que se abstuvo de indizarla. Luego, aunque el fallo de segunda instancia mantuvo esa decisión, la indexación de esa prestación será viable solo en los términos del artículo 283 ejusdem, esto es, durante el lapso transcurrido entre el veredicto de primera y el de segunda instancia. Téngase en cuenta que la citada norma dispuso que «[e]l juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado», en aras de ajustar el valor de cualquier condena impuesta por el a quo hasta el momento en que se dicta la sentencia de segundo grado, comoquiera que en ese ínterin se ve afectado negativamente el poder adquisitivo del dinero que debió ser puesto en manos del acreedor en el tiempo que dispuso el a quo y que dejó de serle entregado en ese momento al haber sido apelada la decisión que así lo resolvió, tanto así que solo después de zanjarse dicho embate le tendrá que ser entregado*.

4.- Es contundente el artículo 1494 del Código Civil al establecer como una de las fuentes de las obligaciones el concurso de voluntades, como los contratos, que legalmente celebrados son ley para las partes (art. 1602 ídem), de suerte que los sujetos que en ellos intervienen, en ejercicio de esa autonomía de la voluntad privada tienen la libertad de celebrar o no un negocio, elegir con quien celebrarlo y definir las estipulaciones llamadas a gobernarlo, según mejor

convenga a sus intereses, sin desconocer las limitantes que se presentan en los llamados contratos de adhesión.

De los contratos se deben distinguir los elementos que son de su esencia, de su naturaleza o accidentales, interesando para este caso los últimos, referidos a aquellos que no siendo contrarios a la ley o las buenas costumbres las partes, como máxima expresión de la autonomía de la voluntad acuerdan en incorporarlos, cuya ausencia no afecta la naturaleza del contrato, como son las que fijan un plazo o condición, o determina una penalidad por el retardo o el incumplimiento -clausula penal-.

5.- Ciertamente, la cláusula penal es una estipulación accidental y accesoria en los negocios jurídicos, en la cual los negociantes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, determinan de manera anticipada la retribución dineraria que se debería reconocer en los eventos de retardo o incumplimiento de los deberes negociales.

Esta estipulación, en su esencia, tiene un carácter indemnizatorio, en la medida que está contemplada como una forma de apreciación anticipada de los eventuales perjuicios que sufre el contratante cumplido, a causa del desacato o defectuosa atención de las prestaciones debidas por parte del otro contratante, en cuya tasación las partes podrán tomar en consideración todas aquellas circunstancias previsibles que pudieran incidir en su efectividad, como es el efecto inflacionario que eventualmente la pudiera afectar, sea por el cambio de las condiciones

negociales o el tiempo que pudiera transcurrir entre el momento en que se acuerda y la fecha en que se deba hacer efectiva.

Sin entrar en mayores disquisiciones sobre la naturaleza jurídica y alcances de la cláusula penal -ya que en la ponencia se aborda adecuadamente- debe resaltarse que ésta es irrefutablemente fruto de una manifestación inequívoca de voluntad negocial, encaminada a producir efectos jurídicos y al estar contenida en un contrato válido que, a voces del artículo 1602 del Código Civil, constituye ley para las partes, lo cual justifica la improcedencia de la indexación de monto que por tal concepto se reconoció.

A lo anotado se suma, que la cláusula penal como pacto accidental del negocio jurídico, para el caso del incumplimiento, permite al acreedor de ella reclamar su pago sin necesidad de demostrar en el juicio la ocurrencia del perjuicio que el incumplimiento le hubiera causado, ni su cuantía, pues le basta probar la ocurrencia del incumplimiento o el retardo según corresponda que condicione su reconocimiento.

Empero, ese reclamo no resulta obligatorio o imperativo, pues en los eventos en que el beneficiario considere que el incumplimiento le ha causado perjuicios superiores a los prefijados en la cláusula penal, sea por los efectos ciertos de este, o el tiempo transcurrido desde el momento en que debió satisfacerse la acreencia, bien puede optar por reclamarlos en los términos de ley, esto es,

demostrando adecuadamente la ocurrencia de esa afectación y la cuantía del daño, para que el Juez con conocimiento de causa determine su procedencia o bien como acto potestativo persistir en el cobro de la cláusula penal desligándose de esa carga probatoria y acreditar únicamente el incumplimiento culposo del deudor para hacerse titular de su reconocimiento, como bien lo destacó esta Corte al decir que "*incluso en el caso de que en el contrato se haya estipulado una cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, el contratante cumplido siempre tiene la opción de pedir aquella o el resarcimiento de estos últimos efectivamente ocasionados, con la diferencia, claro está, de que si escoge lo primero, no gravita sobre él demostrar la causación del daño ni su cuantía, mientras que si reclama la reparación de la vulneración que ha sufrido, sí corre con la carga de acreditar su ocurrencia y su monto*" (CSJ SC5185-2021 de 26 de nov.)

Acorde con esa naturaleza accidental y voluntaria de la cláusula penal esta Corte de tiempo atrás ha examinado lo concerniente a la eventual procedencia de su indexación, entre otras, en la sentencia de 23 de junio de 2000 radicado 4823, que por la completitud de los raciocinios es del caso citar *in extenso*.

> «*el tema de la cláusula penal y la depreciación monetaria es uno de los más espinosos al decir de la doctrina especializada. De ahí que existan posiciones encontradas, porque hay quienes sostienen la inmutabilidad de la cláusula penal, algunas veces porque existen normas positivas que consagran el principio, y otras por tratarse de una "obligación dineraria", refractaria a la corrección, o como lo afirma Alterini porque la cláusula penal "integra un contrato y, en principio, corresponde atenerse a los términos convenidos". Otro sector de los autores defiende la procedencia del reajuste de las cláusulas penales cuando éstas se han visto envilecidas por el fenómeno inflacionario, acudiendo a normas como el párrafo agregado al artículo 656 del Código Civil*

Argentino, consagratorio de las llamadas "acciones de reducción" de las penas, pero que ha sido entendido como acciones de "modificación", para así dar cabida tanto a la disminución de la prestación, como a su aumento cuando se ha tornado exigua (Moisset de Espanés Luis, Inflación y Actualización Monetaria, pág. 303). Conforme a esta doctrina, cuando el juez actualiza el monto de la cláusula penal que se ha menospreciado, no modifica su valor originario, sino que lo restablece "en la medida que las propias partes tuvieron en mira al contratar", o como lo ha dicho la jurisprudencia del país mencionado, donde a decir verdad ha sido abundante la literatura sobre el tema, cuando el juez hace el reajuste de una cláusula penal, no otorga "otra indemnización, sino que se limita a restituirle a la obligación la dimensión que las partes procuraron otorgarle". También se aboga por el reajuste con independencia de que se trate de una obligación típicamente dineraria, porque ulteriormente se ha entendido que éste está justificado aún en esta clase de obligaciones, porque quien debe pagar la cláusula penal es "un deudor moroso o un incumplido". Otros valoran una pretensión de este linaje fundados en el abuso del derecho, la imprevisión, la buena fe y por supuesto, en el principio de la "integridad" del pago, porque esa actualización "contribuye a mantener inmutable el valor de la indemnización prevista por las partes" (opus cit., pág. 312).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ha admitido la "indexación" de las cláusulas penales cuando éstas se han visto afectadas por la inflación, y en concreto ha dicho que "en los supuestos en los que se reclama la cláusula penal que tiene por objeto el pago de una suma de dinero, no se descarta la posibilidad de actualizar los valores cuando medie mora del deudor, pues juegan a este respecto razones que hacen a la plenitud de la función resarcitoria que tiene la cláusula penal, que se vería sustancialmente afectada si no se computasen los valores reajustados equitativamente en función de la realidad económica" (Sentencia de 28 de abril de 1979). Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile en sentencia de 30 de mayo de 1975, llegó a igual conclusión, argumentando que para "respetar la voluntad de las partes, expuesta en la cláusula penal, era necesaria la corrección, ya que "…la evaluación convencional de los perjuicios se expresó en una suma de dinero que, justa y adecuada para el resarcimiento de los daños", pero "Que es un hecho público y notorio, que no necesita demostración, que nuestro signo monetario ha sufrido una efectiva depreciación, por lo que no puede mantenerse una cantidad de dinero durante algún tiempo como representativa de un mismo valor, sino por el contrario, para

que éste se conserve es necesario ajustar el número de unidades monetarias, aumentando su cantidad en la misma proporción en que se ha desvalorizado la moneda".

Adviértase que la Corte Argentina adopta su decisión fincada en los principios de la equidad y la integridad del resarcimiento, en tanto que el Tribunal Chileno acude al respeto de la voluntad de las partes, ligado a la misma justicia.

En el sistema del Código Civil Colombiano, el régimen de la cláusula penal está definido por los artículos 1592 a 1601, entendiéndose en el primero de los artículos por "cláusula penal" "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".

Según esta definición, la cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un "carácter estimativo y aproximado", que en principio debe considerarse "equitativo", sin perjuicio, eso sí, de la acción de rebaja que consagra el art. 1601 del C. Civil, norma esta a la que la doctrina nacional no le ha otorgado alcance distinto al que emerge de su claro tenor literal, o sea, ver en ella una facultad para pedir "que se rebaje" la cláusula en los eventos de la llamada "cláusula penal enorme", esto es, cuando la pena pactada en una "cantidad determinada" "exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él", o sea al duplo de la obligación de "pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse" (art. 1601). Desde luego, como lo ha admitido la Corte, que la cláusula en comentario, de conformidad con el artículo 1601, también puede operar como una sanción convencional, con un carácter coercitivo o compulsivo, tendiente a forzar al deudor a cumplir las obligaciones adquiridas. Concretamente en sentencia de 23 de mayo de 1996, la Corporación expresó: "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 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 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."

No existiendo, como en realidad no existe una norma que autorice la corrección monetaria de la cláusula penal, debe entonces averiguarse si la naturaleza de ella admite el remedio judicial de la corrección monetaria para cuando ésta se ha envilecido por el transcurso de la mora y el fenómeno inflacionario, y especialmente, si principios como la equidad o la "integridad" del pago justifican el correctivo, pues son éstos los que últimamente ha expuesto la Corporación para fundamentar el reajuste monetario.

La cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, o como fórmula coercitiva del cumplimiento, dado su origen convencional, que inclusive permite calificarla como un acto jurídico adicional y accesorio del principal, constituye una ley para los contratantes, no mutable, salvo el caso del artículo 1601, no sólo porque se conviene dar en pago una "cantidad determinada" de dinero, como lo dice el artículo 1601, sino porque es el fruto del libre acuerdo y de la autonomía de la voluntad, expresado con toda la conciencia, y por ende el conocimiento de que en consideración al fenómeno inflacionario, (hecho notorio conocido por todos), que afecta las economías de los países débiles, las sumas pactadas a título de cláusula penal se verán menoscabadas, más sabiéndose que ésta habrá de realizar su función cuando el deudor haya entrado en mora en el cumplimiento de la obligación principal, pues la eficacia de la cláusula tiene como condición el incumplimiento de dicha obligación. De modo que para el acreedor no es desconocido el hecho de la inflación, como tampoco la eventual mora del deudor, y con ella el transcurso de un tiempo entre el pacto y la efectividad del pago.

En torno a las anteriores circunstancias no se ve razonabilidad a la argumentación justificatoria de la corrección de la cláusula penal, invocando, como lo hace alguna doctrina externa, fenómenos de imprevisión o el postulado de la buena fe, o el abuso del derecho, porque todos se desmienten con apoyo en el conocimiento y la previsibilidad que antes se explicaba, además de considerarse que la pena se estipula precisamente para sancionar a un deudor incumplido, y generalmente con un rol recíproco para ambas partes. Legalmente esa conciencia sobre los hechos pudiera llevar a las partes a la estipulación de cláusulas de valor que mantuvieran el equilibrio económico de la pena, para enervar así el efecto nocivo de la inflación, pero si esa disposición no se pacta, el remedio judicial no se abre paso porque habrá que presumir que el monto de la pena sigue siendo equitativo, mas, cuando como ocurre en el presente caso, se enfrenta una cláusula penal que permanece proporcionada con la obligación principal que tenía de referente. De modo que en este caso concreto la equidad llama a la inmutabilidad de la cláusula, pues se reitera, la misma sigue guardando proporción no obstante el transcurso del tiempo, amén de que la hora económica actual en cuanto a los efectos de la inflación, no es la misma de otros días, ni mucho menos similar o siquiera parecida, a la vivida por los países llamados del sur, en la década de los años setenta. En otras palabras, el arbitrio de equidad que corresponde al juez, y en este caso a la Corte fungiendo como Tribunal de instancia, permite, dentro de criterios objetivos de justicia, ver en la cláusula que se examina una mensura proporcionada y acorde con lo que fue la intención original de las partes y el quantum de la obligación principal.

Por último, y no por la ubicación argumento incidental, sino principal y definitivo, siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si se quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada "moderación", razón por la que se insiste en que sí las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio. " …perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, dice con autoridad Luis Díez

Picazo, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio". (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, pág. 403)».

6.- Por otra parte, es oportuno recordar que los intereses, en sí mismos, constituyen una prestación en favor del acreedor titular de obligaciones dinerarias, que pueden ser remuneratorios o moratorios; los primeros referidos, como su nombre lo indica, a remunerar al acreedor por el uso del dinero; los segundos, tienen un carácter indemnizatorio porque buscan reparar los perjuicios sufridos a consecuencia de no haber recibido el acreedor en tiempo las sumas adeudadas.

Esta distinción de los tipos de intereses se advierte más clara tratándose de los comerciales, en la medida que frente a los primeros las autoridades monetarias los han fijado en el interés bancario corriente, certificado por la Superintendencia Financiera, en tanto los segundos, corresponde una y media vez aquellos.

Significa esto, que los intereses moratorios constituyen una forma idónea de que el acreedor de obligaciones dinerarias, ante el pago tardío por parte de su deudor, no reciba un dinero envilecido por la depreciación, en economías emergentes como la colombiana, sino un monto debidamente actualizado más un monto adicional a modo de indemnización por la mora.

Afirmase así, porque esta Sala en pretéritas oportunidades se ha pronunciado con relación a los distintos

factores que componen los intereses comerciales, reconociendo que no solo incluyen la variación del IPC sino otros factores como son - *«factores de tiempo, riesgo, inflación y devaluación propios de las condiciones financieras y monetarias del mercado-, uno de los cuales procura recomponer el capital, es decir, compensar la depreciación que pueda experimentar»* (SC, exp. n.° 7140).

7.- En el *sub examine* las partes, en el negocio jurídico en que se soportaron las pretensiones, de manera expresa determinaron las consecuencias de cualquier incumplimiento, fijando como parámetro reparatorio el pago de una cláusula penal equivalente al 20% del valor del negocio.

7.1. Revisado el legajo encontramos que, en lo medular, el incumplimiento contractual imputado a la convocada fue el no pago oportuno de una suma dineraria, pues una vez la actora acreditó la realización de las labores a las cuales se había comprometido aquella debió cancelar el precio acordado de las mismas. Al hallar eco tales reclamos, se condenó a la enjuiciada al pago de los valores dejados de cancelar junto con intereses moratorios comerciales, más el valor de la cláusula penal pactada sin incluir respecto de esta actualización o intereses.

Es oportuno memorar que el Consejo de Estado en un juicio de similar temperamento indicó, que:

> «*cuando la obligación incumplida es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses, tal y como lo determina el artículo 1617 del Código Civil, de conformidad con el cual "[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo", disposición que ha permitido a la jurisprudencia sostener que: "Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de demostrar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal.*" (CE Sección Tercera de la Sala de lo Cont. Admvo de 14 de abril de 2010 Rad. 17214)

Síguese entonces, que si como consecuencia del incumplimiento acreditado se reconoció al demandante el pago de intereses moratorios comerciales sobre los saldos adeudados, tal determinación resulta se acompasa con la normativa patria, particularmente, con las premisas del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en punto a la atención de los principios de reparación integral y equidad, pues la promotora del juicio podrá recibir el valor adeudado no solo indexado, en razón a los factores que componen el interés bancario corriente, sino con la reparación por el retardo, al extender estos a los intereses moratorios que, se itera, son una y media vez aquellos.

Y es que el juzgador de instancia, atendiendo lo pactado por las partes en el contrato, ordenó a la demandada el pago de la cláusula penal, aunque negó su indexación, sin que esta última determinación mereciera reproche alguno por parte de la demandante.

Sin embargo, en la sentencia sustitutiva, pasando por alto aquellos reconocimientos y negativas, so pretexto de aplicar los principios de reparación integral y equidad, y atender lo ordenado en el artículo 283 del Código General del Proceso, sobre el deber del juzgador de segundo grado de «*extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado*», incluye una nueva condena, cual es la indización de esa cláusula penal, lo cual a más de estimarse improcedente va en contravía del principio de congruencia.

En efecto, el actor solicitó en su demanda declarar el incumplimiento e Conyser y Asociados S.A.S. y consecuente con ello se le condenara al pago de las sumas de $2.171.483.153 «*correspondiente al faltante del valor unitario de mantenimiento rutinario…*», $1.315.537.318 «*correspondiente a la cláusula penal del contrato de prestación de servicios derivado del incumplimiento de la sociedad ACCENORTE S.A.S.*» y por «*los intereses moratorios a la tasa máxima legal*». El a quo accedió al pedimiento declarativo y reconoció los valores pedidos como condena, pero en lo atinente a los intereses moratorios, si bien los reconoció a la tasa máxima comercial vigente, los limitó a los causados «*sobre el saldo de que trata el numeral 1°*» -a los $2.171.483.153- , excluyendo correlativamente cualquier reconocimiento adicional respecto de la cláusula penal, sin que frente a esta negativa implícita el demandante formulara algún reproche, lo que torna improcedente que el juzgador de segunda instancia se pronuncie sobre dicho tópico.

Pero además, si los intereses moratorios pretenden indemnizar el incumplimiento del deudor de obligaciones dinerarias por el no pago oportuno de la suma adeudada, y la cláusula penal acordada por los aquí contendientes tenía como finalidad la estimación anticipada de los perjuicios que el incumplimiento de las obligaciones pudiera generar, ello apareja que en este particular caso se estaría ante un doble pago indemnizatorio por un mismo incumplimiento, más aún cuando contrariando la expresa voluntad de los contratantes se acude a una actualización que pudiendo ser pactada no lo fue.

Y no se diga que esa indexación tiene lugar a consecuencia del deber de extender las condenas hasta la fecha del pago, pues como bien se destacó en la sentencia, pese a que el juzgador de primer grado solo reconoció intereses moratorios sobre el saldo debido, la parte interesada no confutó que se ordenara el pago de la cláusula penal en su valor nominal; y si en aquel proveído, atendiendo las expresas pretensiones de la demanda y las reglas de reparación integral, no se impuso aquella actualización no podía la Corte, puesta en sede de instancia, incluirla en la sentencia sustitutiva sin incurrir en incongruencia.

Consecuente con ello, no se aviene plausible que en este particular caso en el que ya por vía de reconocimiento de intereses moratorios comerciales se impuso el debito indemnizatorio al demandado sobre los saldos adeudados se proceda adicionalmente a indexar también el valor de la cláusula penal, pues con esto se está indemnizando

doblemente un mismo incumplimiento, sobre todo, desconociendo injustificadamente la manifestación de voluntad de las partes sobre el monto de la "*indemnización*" que debería reconocerse en los casos de incumplimiento del negocio jurídico.

Finalmente, con referencia a la reparación integral como justificante de la indexación de la cláusula penal pactada, ha de atenderse que es facultad del beneficiario de la misma reclamar la pactada o, ante la eventualidad de un mayor perjuicio recibido con ocasión del incumplimiento, acudir ante el juez en procura de este y no de aquella ante la insuficiencia del valor indemnizatorio previamente establecido.

En virtud de lo anotado, estimo que en la decisión no debió condenarse al demandado al pago de la indexación sobre la cláusula penal pactada, lo que motiva mi desacuerdo frente a este aparte de la decisión.

En los términos precedentes, dejo plasmado el alcance parcial de mi disenso.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

Firmado electrónicamente por:

Hilda González Neira
Magistrada
Salvamento de voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 9AEECC113A7CCED033F8F1435C6DCAFFE94248B5849524445CA0E78F027FFE4A
Documento generado en 2024-01-12