

**TEMA: VÍA DE HECHO** - providencias judiciales que plasman verdaderas actuaciones arbitrarias e ilegítimas de la autoridad judicial, contrarias al orden jurídico preestablecido y violatorias de las garantías constitucionales y legales que integran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. / **MANDAMIENTO DE PAGO CON OCASIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL** – el mérito ejecutivo que recae en la cláusula penal no puede estar condicionado a la declaratoria judicial del incumplimiento del contrato, máxime cuando la forma en que fue pactada permite su exigibilidad. / **REQUERIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN EN MORA** - no resulta necesario, porque el artículo 423 del CGP, presume que su constitución se entenderá consumado desde la notificación del mandamiento de pago, sin que resulte indispensable su pacto expreso.

**HECHOS:** el juez denegó el amparo solicitado, afirmando que el pago de la cláusula penal pactada deviene del incumplimiento contractual que se denuncia y que en todo caso debe ser declarado judicialmente, porque los mismos sujetos contractuales pactaron que el incumplimiento del contrato no extingue la obligación principal y sus perjuicios. Adicionalmente afirmó que no existe claridad en el título ejecutivo por cuanto en el contrato de arrendamiento no se expresa la exigibilidad de la cláusula penal. El apoderado judicial impugnó la decisión en cuanto que: “la cláusula penal incorporada en el documento es sancionatoria de naturaleza accesoria al contrato, su finalidad es el cumplimiento de manera inmediata sin necesidad de constituir al deudor en mora, y que el contrato de arrendamiento es prueba suficiente para el cobro de la pena.

**TESIS:** Excepcionalmente y, producto de una larga evolución jurisprudencial, que encuentra origen en la sentencia C-543 de 1992, se estableció la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales cuando estas plasman verdaderas actuaciones arbitrarias e ilegítimas de la autoridad judicial, contrarias al orden jurídico preestablecido y violatorias de las garantías constitucionales y legales que integran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, actuaciones a las que la Jurisprudencia denominó “vías de hecho” (...). (...) de cara a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, ha de decirse que estos se encuentran acreditados en tanto se busca la protección del derecho al debido proceso, siendo un asunto de relevancia constitucional, sin que al actor no le fuera exigible el agotamiento del recurso de apelación porque se trató de un asunto de única instancia y, a su vez, la acción fue interpuesta dentro de los dos meses siguiente al proferimiento de la ejecutabilidad de la providencia objeto de reproche, encontrándose entonces configurados los supuestos de subsidiariedad e inmediatez. Ahora, con base en el estudio efectuado en las motivaciones generales respecto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, advierte de entrada el Tribunal que sin dubitación alguna configuran la ocurrencia de una vía de hecho por defecto sustancial, si se tiene en cuenta que el mérito ejecutivo que recae en la cláusula penal no puede estar condicionado a la declaratoria judicial del incumplimiento del contrato, máxime cuando la forma en que fue pactada permite su exigibilidad (...). Igualmente, tampoco se acompañan los argumentos tendientes a desnaturalizar el mérito ejecutivo en tono a la supuesta ausencia de su incorporación, por cuanto dicho requerimiento no resulta necesario si del documento cartular se extraen los requisitos previstos en el artículo 422 del C.G.P, aunado a que el requerimiento para la constitución en mora no resulta necesario, si se tiene en cuenta que el artículo 423 ibídem, presume que su constitución se entenderá consumado desde la notificación del mandamiento de pago, sin que resulte indispensable su pacto expreso. Así las cosas, analizada y configurado el defecto sustantivo por interpretación de la ley en la decisión atacada por vía de tutela, es que se muestra la errónea

interpretación y valoración de las normas que preceden acerca de la ejecutabilidad de la cláusula penal, en salvaguarda del debido proceso de los accionantes, por lo que resulta procedente la acción constitucional (...).

M.P. JULIAN VALENCIA CASTAÑO

FECHA: 13/10/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

**Sentencia No:** T-093  
**Procedimiento:** Acción de tutela. (2° Instancia).  
**Accionante:** Aivic S.A.S y Otro  
**Accionado:** Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Medellín  
**Radicado:** 05001 34 03 018 2023 00317 01  
**Asunto:** Confirma vía de hecho defecto fáctico  
**Tema:** Mandamiento de pago con ocasión de la Cláusula Penal.

**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN  
-SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN-**

Medellín, Trece (13) de octubre del dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por Aivic S.A.S., Aida Victoria Merlano Manzaneda y Ali Javier Alejandro Palacio Yepes, frente a la sentencia proferida el ocho (08) de septiembre por el Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, al interior de la acción de tutela promovida por aquellos en contra del Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Medellín.

**ANTECEDENTES.**

**1. Fundamentos fácticos.** Narró el apoderado de los accionantes en su escrito de tutela que presentó demanda ejecutiva en contra de la Sociedad Confort Gestores Inmobiliarios S.A.S., en la que solicitó el mandamiento de pago con ocasión del título ejecutivo complejo, conformado por: **(i)** contrato de arrendamiento **(ii)** transferencia bancaria a la cuenta de ahorros Bancolombia, en la que se comprueba el pago del canon de arrendamiento **(iii)** transferencia bancaria que contiene la devolución del canon por parte de la demandada, porque no pudo cumplir con la obligación de entrega del inmueble arrendado. Petición que fue denegada en providencia del 11 de abril, porque se trata de la ejecución de una cláusula penal inmersa en un contrato, razón por la cual no puede pregonarse su exigibilidad ante la ausencia de cumplimiento de los requisitos formales, *“ya que es imperativa la declaratoria de incumplimiento contractual para cobrar la cláusula penal pactada”*.

Describe, que en contra de la anterior determinación formuló recurso de reposición, en el que expuso a su criterio los motivos por los cuales, los documentos que se acompañaban si reunía los requisitos del título ejecutivo

complejo. Sin embargo, la anterior reclamación fue denegada por el Juzgado, indicando que *“no hay lugar a librar mandamiento de pago por concepto de cláusula penal que pretente cobrarse, por cuanto dicha obligación pende de la condición de que el incumplimiento del deudor sea declarado judicialmente vía proceso declarativo, dentro del cual se someta a debate probatorio tanto el incumplimiento como la exigibilidad de la misma, actividad ajena al proceso ejecutivo”*

En líneas siguientes justifica las causales de procedencia general de la acción de tutela frente a las actuaciones que realizó el juzgado accionado, así como los requisitos específicos de procedibilidad, la ejecución de la cláusula penal, para solicitar finalmente la protección de sus derechos constitucionales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, en el sentido que se deje sin efectos los autos del 11 abril y 31 de julio del 2023 que denegaron el mandamiento de pago y, en su lugar, permitir que se libre la orden de apremio.

**2. De su trámite y la decisión impugnada.** El conocimiento de la presente acción de tutela correspondió al Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, agencia judicial que una vez agotadas las etapas procesales profirió sentencia el ocho (08) de septiembre del año en curso, en la que denegó el amparo solicitado, ya que, luego de analizar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, y las pruebas obrantes en el proceso, especialmente la cláusula penal inmersa en el contrato de arrendamiento, **determinó que** *“no se cumple con que la obligación reclamada sea expresa, entendiéndose que en el título ejecutivo debe contener expresamente el cumplimiento de la obligación, y tampoco se cumple con el requisito de la exigibilidad, pues a la fecha no se ha efectuado el requerimiento de los demandados”*. **Adicionalmente,** *“de la exposición realizada fluye que de forma previa al inicio de la ejecución por una cláusula penal concebida como una estricta sanción, más no como cuantificación anticipada de perjuicios, es imperativo constituir en mora al deudor en los términos del artículo 1594 del C.C, y como en el expediente no obra tal requerimiento, como acreedores de la prestación a recibir el inmueble, en el sentido de expresar su inconformidad con la devolución del dinero y solicitar la entrega inmediata del inmueble en cumplimiento del contrato de arrendamiento, su silencio, en este sentido permite barruntar una aquiescencia frente a la decisión de la arrendadora de terminar unilateralmente el contrato, con devolución del pago del primer mes de arriendo”*. Circunstancia por la que no se aprecia la vulneración de los derechos invocados.

**3. Censura del impugnante.** Oportunamente, el apoderado judicial impugnó la decisión, reiterando similares argumentos con los que motivó el libelo introductorio, en cuanto que: *“la cláusula penal incorporada en el documento es sancionatoria de naturaleza accesoria al contrato, su finalidad es el cumplimiento de manera inmediata sin necesidad de constituir al deudor en mora, se trata de un instrumento diligente que presta mérito ejecutivo, en que las partes pactaron iniciar el contrato a partir del 21 de febrero de 2022, vale decir, se acordó que el arrendador entregaría el inmueble objeto del contrato en esa fecha y en caso de no cumplirse con la entrega del predio arrendado en dicho plazo, arrendador y arrendatarios convienen que la parte que incumpla se constituye en deudor de la otra parte por la suma equivalente a tres (3) veces el canon vigente para el momento del incumplimiento se presente a título de pena. Se estableció que el contrato de arrendamiento es prueba suficiente para el cobro de la pena. De ello emerge la claridad de lo que pactó como pena, por parte de arrendador y arrendatarios, el objeto que se arrendaba, fecha de entrega del inmueble y pago del precio del canon. Entonces si el arrendatario no entregó el inmueble el 21 de febrero del 2022, es más, desistió de la entrega al devolver el precio que se pactó al arrendatario, lo que los habilita o lo legitima para el inicio del cobro de la cláusula penal por el proceso ejecutivo, ya que se patentiza que existe una obligación clara, expresa y exigible”.*

Trazados de esta manera los motivos de impugnación, procede la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, a decidir el recurso impetrado con fundamento en las siguientes,

## **II. CONSIDERACIONES.**

**1.** La acción de tutela está consagrada como mecanismo ágil y eficiente destinado a salvaguardar los derechos fundamentales de todas las personas cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la actuación de una autoridad o de un particular en los casos expresos que contempla el decreto 2591 de 1991.

Excepcionalmente y, producto de una la larga evolución jurisprudencial, que encuentra origen en la sentencia C-543 de 1992, se estableció la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales cuando estas plasman verdaderas actuaciones arbitrarias e ilegítimas de la autoridad judicial, contrarias al orden jurídico preestablecido y violatorias de las garantías constitucionales y

legales que integran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, actuaciones a las que la Jurisprudencia denominó “vías de hecho”, y que en sentencia C-590 de 2005 caracterizó y describió de la siguiente manera:

*“En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican. a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>1</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>2</sup>. i. Violación directa de la Constitución.*

*Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad (sic) en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”*

**2.** A estos requisitos de procedibilidad, necesarios para la prosperidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, se suman los de subsidiariedad y residualidad propios de la naturaleza de toda acción de amparo constitucional, que corresponde verificar, previo incluso, al análisis de la ocurrencia de la vía de hecho.

*“Las primeras, que se podrían definir como generales, pretenden ante todo garantizar que quien acuda a este mecanismo excepcional de la tutela, lo haga en aplicación: i) del principio de subsidiariedad, entendido éste, como el deber que tienen las personas de haber hecho uso de manera previa, de aquellas herramientas jurídicas diseñadas por el legislador para ser usadas de manera ordinaria en el trámite de las actuaciones judiciales, y por otro lado, ii) la inmediatez, relativa a la oportunidad con la cual se ha acudido en el empleo de la acción de tutela, para reclamar la protección de los derechos fundamentales. Las segundas, que se podrían denominar como causales especiales, corresponden de manera concreta a los diferentes tipos de vicios o errores de las actuaciones judiciales, los cuales fueron inicialmente definidos como vías de hecho según el tipo de defecto...” (Corte Constitucional. Sentencia T-588 de 2007).*

1. Sentencia T-522 de 2001

2. Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

**3. Caracterización de la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por la configuración de un defecto sustancial.** Sobre este particular, ha sido reiterada y extensa la jurisprudencia constitucional en demarcar los lineamientos que imperan en la materia, no obstante, en aras de brindar claridad, resulta meritorio traer a colación lo sostenido por la H. Corte Constitucional en Sentencia T-459-2017

*Bajo estos parámetros, la Corte Constitucional en Sentencia SU-448 de 2016 reiteró que el defecto fáctico “[s]e estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (...) el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales.<sup>[19]</sup>”*

*Así mismo, se indicó que: “No obstante, el operador judicial ostente un amplio margen de valoración probatoria sobre el cual fundamentará su decisión y formará libremente su convencimiento<sup>[20]</sup>, ‘inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)’<sup>[21]</sup>, [empero] esta facultad nunca podrá ser ejercida de manera arbitraria, pues dicha valoración lleva intrínseca ‘la adopción de criterios **objetivos**<sup>[22]</sup>, no simplemente supuestos por el juez, **racionales**<sup>[23]</sup>, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y **rigurosos**<sup>[24]</sup>, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.’*

*(...) tal hipótesis se advierte cuando el funcionario judicial, ‘en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva. Ello se presenta en hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto’ (...)*

*En este sentido, esta Corporación ha afirmado que atendiendo los principios de autonomía judicial, juez natural e inmediación, la autoridad constitucional no puede realizar un nuevo examen del material probatorio como si se tratara de una instancia judicial adicional,<sup>[25]</sup> su función se ciñe verificar que la solución de los procesos judiciales sea coherente con la valoración ponderada de las pruebas recaudadas por el juez y aportadas por los intervinientes.<sup>[26]</sup>*

**4. Del caso en concreto.** Precisados brevemente los requisitos específicos de “procedibilidad” de la acción incoada, debe advertir de manera delantera la Sala de Decisión que, de la revisión detallada del expediente contentivo del proceso objeto de cuestionamiento *-al interior de la presente acción de amparo constitucional-*, emerge diáfana la viabilidad de su procedencia, ante la configuración de una vía de hecho por los motivos que a continuación se expone:

**4.1** En primer lugar, de cara a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, ha de decirse que estos se encuentran acreditados en tanto se busca la protección del derecho al debido proceso, siendo un asunto de relevancia constitucional, sin que al actor no le fuera exigible el agotamiento del recurso de apelación porque se trató de un asunto de única instancia y, a su vez, la acción fue interpuesta dentro de los dos meses siguiente al proferimiento de la ejecutabilidad de la providencia objeto de reproche, encontrándose entonces configurados los supuestos de subsidiariedad e inmediatez.

**4.2.** Ahora, con base en el estudio efectuado en las motivaciones generales respecto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, advierte de entrada el Tribunal que no comparten los argumentos que expuso el juez en primera instancia para denegar el amparo rogado, en tanto, el operador cognoscente no analizó los fundamentos fácticos y jurídicos que deben tenerse en cuenta para la exigibilidad de la cláusula penal mediante el proceso ejecutivo y, en consecuencia, lo que amerita es la configuración de la vía de hecho por defecto sustancial, para lo cual resulta imprescindible auscultar los supuestos fácticos en los que se cimienta la presente acción y las consideraciones jurídicas que esbozó tanto el juez accionado como el Juez Constitucional en primera instancia, veamos:

**4.2.1** En efecto, como se observa del plenario, el accionante que promovió el proceso ejecutivo en contra de Confort Gestores S.A.S, pretendió que se librara mandamiento de pago por la suma de \$36.000.000 correspondientes a la sanción por incumplimiento pactada en la cláusula octava del contrato de arrendamiento, teniendo como causa que la entrega del citado inmueble no se dio en la fecha acordada -21 de febrero-, como quiera que la demandada lo que procedió fue con la devolución del dinero del canon de arrendamiento que en su momento había consignado como consecuencia de la celebración del contrato. A fin de soportar sus pretensiones, acompañó el citado documento, en que se pactó que la vigencia comenzaría a contarse desde el 21 de febrero del 2022, que el precio del canon sería la suma de \$12.000.000 mensuales y, asimismo, la existencia de una cláusula denominada *-consecuencia del incumplimiento-*, así como la renuncia expresa a los requerimientos y el mérito ejecutivo del contrato.

**VIII. CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO**

Los suscritos se allanan a cumplir todas las estipulaciones del presente; la parte que incumpla, se constituya en deudor de la otra parte por una suma equivalente a **TRES VECES EL CANON** de arrendamiento que esté vigente en el momento en que tal incumplimiento se presente, a título de pena, sin extinguir la obligación principal y sus perjuicios. Este contrato será prueba sumaria suficiente para el cobro de esta pena, y el arrendatario renuncia expresamente a cualquier requerimiento privado o judicial para constituirlos en mora del pago de esta o cualquier otra obligación derivada del contrato, conforme a los artículos 14 y 24 de la Ley 820 de 2003, régimen de arrendamiento de vivienda urbana.

**XVI. EXIGIBILIDAD Y REQUERIMIENTO:** El **ARRENDATARIO Y COARRENDATARIO** convienen de manera expresa que el presente contrato aunado a sus eventuales adiciones, reformas, prórrogas o renovaciones y pagos adicionales en los que incurra el **ARRENDADOR**, podrán ser exigidos por la **VÍA EJECUTIVA** de que trata el artículo 422 del Código General del Proceso, sin necesidad de requerimientos previos, privados o judiciales a los cuales renunciamos expresamente;

**4.2.2.** De otro lado, los argumentos centrales que esbozó la juez Cognoscente para denegar la orden de apremio, recaen a manera de síntesis, en: **(i)** el pago de la cláusula penal pactada deviene del incumplimiento contractual que se denuncia y que en todo caso debe ser declarado judicialmente, porque los mismos sujetos contractuales pactaron que el incumplimiento del contrato no extingue la obligación principal y sus perjuicios. **(ii)** No existe claridad en el título ejecutivo por cuanto en el contrato de arrendamiento no se expresa la exigibilidad de la cláusula penal. Razonamientos que fueron acompañados por el Juez Constitucional en primera instancia, al señalar que el título ejecutivo no se contiene expresamente el cumplimiento de la obligación y tampoco el requisito de exigibilidad, pues a la fecha no se ha efectuado el requerimiento de los demandados, ya que en esos casos de cláusula penal sancionatoria *“es imperativo constituir en mora al deudor en los términos establecidos en el artículo 1594 del C.Civil (...) y si bien es cierto, que estos renunciaron a dicho requerimiento, lo cierto es, que a partir del mismo es que se genera la exigibilidad de la obligación”*.

**4.3.** Argumentos que sin dubitación alguna configuran la ocurrencia de una vía de hecho por defecto sustancial, si se tiene en cuenta que el mérito ejecutivo que recae en la cláusula penal no puede estar condicionado a la declaratoria judicial del incumplimiento del contrato, máxime cuando la forma en que fue pactada permite su exigibilidad, por cuanto las partes acordaron que *“la sanción sería a título de pena, sin extinguir la obligación principal y sus perjuicios”*, por lo tanto, al entenderse como una cláusula moratoria, la plausibilidad de su ejercicio en los términos del artículo 428 del C.G.P resulta factible.

Igualmente, tampoco se acompañan los argumentos tendientes a desnaturalizar el mérito ejecutivo en tono a la supuesta ausencia de su incorporación, por cuanto dicho requerimiento no resulta necesario si del documento cartular se extraen los requisitos previstos en el artículo 422 del C.G.P,

aunado a que el requerimiento para la constitución en mora no resulta necesario, si se tiene en cuenta que el artículo 423 ibídem, presume que su constitución se entenderá consumado desde la notificación del mandamiento de pago, sin que resulte indispensable su pacto expreso.

En un caso parecido y en tiempo reciente, la Corte Suprema tuteló el derecho al debido proceso por defecto sustantivo a un ciudadano y le ordenó al Tribunal de Bogotá proferir nuevamente sentencia que respetara la cláusula penal, decisión de la cual se permite la Sala citar in extenso lo pertinente de la STC047-2021 proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual la citada Corporación advirtió la configuración de la vía de hecho, veamos:

*“Para la Sala, se incurrió en la vulneración denunciada, de un lado, porque contrario a lo sostenido por el colegiado convocado, los deudores sí renunciaron a la constitución en mora, según se observa en la cláusula décima del contrato de arrendamiento<sup>3</sup> y, de otro, por cuanto, al tenor de lo reglado en el artículo 423 del Código General del Proceso<sup>4</sup>, la notificación del mandamiento de pago al deudor basta para constituirlo en mora de la obligación reclamada.*

*Adicionalmente, las señaladas imprecisiones se oponen al criterio establecido por la Corte que deben tenerse en cuenta a la hora de ponderarse la viabilidad del cobro por vía ejecutiva de la cláusula penal, pues dependiendo de su naturaleza compensatoria o moratoria, sólo resulta exigible una de ellas, junto a la obligación principal, si de manera expresa así se ha convenido.*

*Así, cuando el artículo 1594 del Código Civil señala que “(...) **ni** constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, **sino cualquiera de las dos cosas** a su arbitrio (...)”<sup>5</sup>, se está frente una cláusula penal compensatoria, en donde el acreedor puede escoger entre la satisfacción de la obligación principal o, exigir la pena, pero nunca reclamar ambas, porque elegida una se excluye la otra.*

*Seguidamente, la redacción del precepto citado distingue otra modalidad de cláusula con un tratamiento distinto al antes descrito, en donde sí es posible pedir, a la vez, el cumplimiento de la obligación principal y la pena.*

*Así, siempre que de manera expresa se acuerde el cumplimiento del contrato y el pago de la cláusula, la pena se **tornará moratoria**, pues la norma de manera inequívoca señala que se*

<sup>3</sup> “(...) Los arrendatarios declaran que renuncian en beneficio del arrendador o de su cesionario a todo requerimiento para constituirlo en mora en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas de este contrato (...)”.

<sup>4</sup> “(...) Artículo 423. requerimiento para constituir en mora y notificación de la cesión del crédito. **La notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor**, y de la notificación de la cesión del crédito cuando quien demande sea un cesionario. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación (...)” (se destaca).

<sup>5</sup> “(...) Artículo 1594. Tratamiento de la obligación principal y de la pena por mora. Antes de constituirse el deudor en mora, **no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal (...)**” (se destaca).

*pueden superar los límites de la compensatoria cuando (...) **aparezca haberse estipulado** la pena por el simple retardo, **o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal (...)**”. (subrayas propias al texto)*

*Adviértase, si en el contrato no se precisa la posibilidad de pedir simultáneamente la pena y la obligación principal, **la cláusula en comento será compensatoria y tendrá la restricción allí señalada.***

*Al punto, esta Corporación ha adoctrinado lo siguiente:*

*“(...) Buen servicio presta evocar, aunque sea de manera breve, que a la luz de la disposición en cita las “cláusulas penales” que contempla la Codificación Civil son de dos layas distintas: una, puramente compensatoria, según la cual al acreedor le compete, verificado el “incumplimiento” de la otra parte, optar entre la consumación del “convenio” en cuestión, en este caso el definitivo, y recibir el monto de estimación que anticipadamente se hizo de los perjuicio por dicha inobservancia; huelga decir, basta seleccionar una de ellas para, colateralmente, desechar la otra (...).”*

*“(...) En cambio, no ocurre lo mismo cuando la “cláusula penal” es de naturaleza moratoria, esto es, cuando su finalidad es indemnizar los agravios que puedan ocasionarse por la simple demora en la realización de la prestación debida, lo que no imposibilita, además de pagarla, honrar tal deber “contractual”. En definitiva, en esta clase no se excluyen las alternativas que si lo hacen en la anterior, sino que, más bien, puede coexistir el “cumplimiento de la obligación” y el desembolso de la tipificación adelantada de perjuicios. Sólo que, para aplicarla es menester que aparezca expresamente concertada por los interesados; de lo contrario, se presume la enestas vista (...)”<sup>6</sup>.*

***Bajo ese horizonte, cuando el tribunal acusado concluyó que la cláusula penal materia de disenso no era exigible ante la falta de prueba de la constitución en mora de los deudores, vulneró el debido proceso del actor porque en el contrato objeto del decurso criticado se renunció a tal fenómeno e, igualmente, tal situación se presume consumada con la notificación del mandamiento de pago a los demandados. (Subrayas ajenas al texto)***

*Se pasó por alto, comprender que la cláusula penal de la regla 1594 del C.C. puede revestir dos formas, el carácter de indemnización compensatoria o de moratoria, emergiendo por consecuencia, que riñe la acumulación de la obligación principal con la pena; de tal modo que en principio se presume por ley, su naturaleza meramente compensatoria. Por ello, se añade en el precepto, ha de preferirse una cosa o la otra, la principal o su cumplimiento por equivalente; y salta patente, por tanto, como regla general la anterior premisa, por cuanto por principio las indemnizaciones son compensatorias o de cumplimiento por equivalencia, como norma supletoria a la voluntad de las partes. **Empero, la disposición admite la excepcionalidad en la parte final, para autorizar la acumulación por “(...) pacto expreso”, caso en el cual, el convenio así previsto, reviste carácter eminentemente moratorio, acopiabile con la obligación principal.***

*(...)*

*3. Si bien esta Sala ha considerado que en la labor de administrar justicia, los juzgadores gozan de libertad para la exégesis del ordenamiento jurídico y la valoración de los elementos*

<sup>6</sup> CSJ. STC6654-2018 de 23 de mayo de 2018, exp. 11001-02-03-000-2018-01242-00.

*demostrativos<sup>7</sup>, motivo por el cual el fallador de tutela no puede inmiscuirse en sus pronunciamientos; en los eventos en los cuales la autoridad profiere una decisión ostensiblemente contradictoria o desajustada del plexo normativo o de la jurisprudencia, como la aquí atacada, es factible la intervención de esta particular jurisdicción, por cuanto, se afecta rectamente el debido proceso y el principio de identidad en la construcción del silogismo judicial, menoscabando el derecho a la defensa.*

Así las cosas, analizada y configurado el defecto sustantivo por interpretación de la ley en la decisión atacada por vía de tutela, es que se muestra la errónea interpretación y valoración de las normas que preceden acerca de la ejecutabilidad de la cláusula penal, en salvaguarda del debido proceso de los accionantes, por lo que resulta procedente la acción constitucional y, en tal sentido, se revocará la sentencia que con ocasión de impugnación se revisa, para, en su lugar, conceder el amparo rogado, en el sentido que se dejará sin efectos la providencia proferida el 11 de abril del año en curso y las que de ella se deriven, para lo cual, se ordenará al Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Oralidad de Medellín que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta determinación, se pronuncie nuevamente sobre la viabilidad de proferir el mandamiento de pago en la forma pedida, sin que pueda desconocer la exigibilidad de la cláusula penal materia de controversia, conforme a lo aquí expuesto.

De esta manera, y por las razones antes expuestas, el ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Civil***, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### III. FALLA:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el ocho (08) de septiembre por el Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, al interior de la acción de tutela promovida por Aivic S.A.S., Aida Victoria Merlano Manzaneda y Ali Javier Alejandro Palacio Yepes en contra del Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Medellín y en su lugar **CONCEDER** la protección al derecho del debido proceso de los aquí intervinientes, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

---

<sup>7</sup> CSJ. STC de 19 jun. 2013, rad. 2013-00182-01.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO** el auto interlocutorio del 11 de abril del año en curso a través del cual el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Oralidad de Medellín rechazó el mandamiento de pago, y las demás providencias que de él se deriven, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta determinación, adopte nuevamente el estudio de admisibilidad de la demanda ejecutiva, sin que pueda desconocer la exigibilidad de la cláusula penal.

**TERCERO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito y eficaz (Decreto 2531 de 1991).

**CUARTO: REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**JULIAN VALENCIA CASTAÑO**  
**MAGISTRADO**

  
**PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**  
**Magistrada**

**JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO**  
**Magistrado**  
**(Ausencia justificada)**

*Hoja de firmas impugnación de acción de tutela con radicado 05001 34 03 018 2023 00317 01*