

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC10895-2015

Radicación n.º 11001-31-03-026-2008-00106-01

(Aprobado en sesión de 24 de febrero de 2015)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015).-

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la accionada COMUNICACIÓN CELULAR S.A. -COMCEL S.A.-, frente a la sentencia proferida el 15 de junio de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario que en su contra promovió INVERSIONES MECATEL S.A. -MECATEL COMUNICACIONES-.

ANTECEDENTES

En la demanda se solicitó que se declarare que entre las citadas partes existió un contrato de compraventa de tiempo al aire, representado en 18.840 tarjetas “*amigo*”, que la accionada lo incumplió, por lo que debe condenársele a pagarle a aquella los perjuicios irrogados.

Subsidiariamente pidió “*declarar*” que Comcel se enriqueció sin justa causa en detrimento de la actora, que se le imponga restituirle con la debida actualización monetaria, los dineros que Mecatel le entregó, al igual que todos los daños ocasionados.

2. En apoyo de tales súplicas, se esgrimieron los hechos que a continuación se compendian.

2.1. La demandante tiene como actividad comercial la adquisición y posterior reventa a los usuarios de “*tiempo al aire*” para comunicación a través de operadores de telefonía celular, en cuyo desarrollo, el 17 de agosto de 2006 le compró a la convocada “*tiempo al aire*” por valor de \$205.296.000,00 representado en 18.840 “*tarjetas amigo*”, precio que canceló inmediatamente.

2.2. Para el transporte y resguardo de dicho producto, la accionante dispuso un operativo de seguridad de diversos empleados y una escolta individualizada de varios vehículos; no obstante, ese mismo día unos delincuentes, simulando ser miembros de la policía nacional, interceptaron a los funcionarios de Mecatel y les hurtaron las indicadas “*tarjetas*”.

2.3. Inmediatamente después de perpetrado el ilícito, ésta procedió a instaurar la respectiva denuncia penal y a solicitar el bloqueo de las mismas en el sistema operativo de Comcel, quien así lo hizo, por lo que “*el tiempo al aire objeto*

de la compraventa no fue, ni ha sido, ni podrá ser utilizado en el futuro”.

2.4. En razón de que el servicio objeto del contrato no se ha usado, la demandante le ha pedido repetidamente a la accionada que le reembolse el dinero entregado, sin que ello haya ocurrido (fl. 2 a 26 c. 1).

3. El libelo introductorio correspondió por reparto al Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de esta capital, oficina que lo admitió con auto de 22 de abril de 2008 (fl. 48 c. 1).

4. Enterada la convocada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos de diversa manera, precisando que la compra no fue tiempo al aire, sino un medio de pago y que a pesar de haber bloqueado las tarjetas, hubo reclamaciones efectuadas por tenedores de buena fe, frente a quienes ella debió responder. Así mismo formuló las siguientes excepciones de fondo: *“INDEBIDA REPRESENTACIÓN”*, porque el otorgante del mandato no tiene capacidad para hacerlo al superar la cuantía facultada; *“CARENCIA DE DERECHO POR PARTE DE LA DEMANDANTE”*, puesto que no se ha demostrado ningún daño y *“EXCEPCIÓN DE QUIEN NO ES LEGALMENTE LLAMADO A RESPONDER”*, por no existir derecho u otra causa. (fls. 58 a 62 cd. 1).

5. Agotado el trámite correspondiente a la primera instancia, el juzgado del conocimiento, mediante sentencia de 29 de noviembre de 2011 negó las pretensiones de la

demanda y le impuso a la actora cancelar las costas del proceso (fls. 282 a 292 cd. 1).

6. Inconforme la demandante, apeló el fallo del *a quo* y el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, Sala Civil, mediante el suyo, que data del 15 de junio de 2012, revocó la providencia recurrida y en su lugar desestimó las defensas propuestas por la convocada, acogió las súplicas de aquella, condenó a la perdedora a pagarle a la actora la cantidad de \$205.296.000,00 por perjuicios compensatorios, más intereses moratorios legales y comerciales desde el 28 de mayo de 2008, e igualmente, le ordenó sufragar las costas de ambas instancias (fls. 40 a 50 cd. 2).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El *ad quem* después de resumir lo que fue el trámite del litigio, sintetizar la sentencia apelada y puntualizar los motivos de la alzada, preliminarmente consideró importante precisar que la actora no había solicitado ni la resolución, ni el cumplimiento del contrato de compraventa que celebró con su contraparte, sino de manera directa y autónoma, el resarcimiento del daño causado con la inobservancia de ese negocio jurídico, aunque comúnmente, tal facultad indemnizatoria se halla atada a una de dichas peticiones.

2. Señala que en este caso, lo requerido corresponde a la reparación del menoscabo que autoriza el artículo 925 del Código de Comercio, según el cual, el comprador tiene

derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida de la cosa vendida, sin necesidad de incoar previamente las “*acciones resolutoria o de cumplimiento*” consagradas en los preceptos 1546 del estatuto civil y 870 del mercantil.

3. Agrega que la aquí instaurada concierne a una acción especial en la que el perjuicio tiene naturaleza compensatoria, pues se refiere “*a la inejecución absoluta o ejecución imperfecta de la obligación (falta definitiva de pago en todo o en parte)*”, y como el comprador no busca que su vendedor le cumpla con el deber de hacerle la tradición, los perjuicios no pueden ser moratorios, pues por definición, estos “*siempre se agregan a la pretensión de pago de la deuda retrasada*”.

Para el sentenciador, en la aludida acción indemnizatoria, la discusión también gira en torno al cumplimiento de la obligación de dar, concretamente la de transmitir la propiedad sobre el bien materia del convenio, es decir, que no se trata de la entrega material, sino de la jurídica, pues salvo las tradiciones solemnes o especiales, la controversia involucrará el compromiso de entregar propiamente tal, pues por esta vía se concreta la tradición.

4. Seguidamente sostuvo que aunque las partes habían admitido la celebración del contrato de compraventa y su precio, controvirtieron su objeto, toda vez que para la demandante, lo que compró fue “*tiempo al aire*”, en tanto

que para la accionada, lo vendido involucra “*un medio de pago*”.

5. En dirección a dilucidar ese aspecto, acudió a la “*factura cambiaria de compraventa*”, señalando que la demandada reconoció haberla expedido y advirtió que según ella, la mercancía vendida correspondía a “*derecho a acceso servicio de telecomunicaciones (intangibles)*”.

Agrega que si bien algunos deponentes manifestaron que lo transferido fue “*tiempo al aire*” y otros “*un medio de pago*”, el indicado documento clarifica que el bien comprado por la sociedad demandante fue “*tiempo al aire*”, más concretamente “*el derecho de acceso al servicio de telecomunicaciones prestado por Comcel S.A.*” y que si dicho escrito se toma como un título valor regulado para la fecha de su expedición por los artículos 772 y siguientes del catálogo mercantil, entonces como título causal hace prueba de las condiciones de la compraventa, más aún cuando no se ha demostrado lo contrario y que de no estimarse tal, de todas formas acredita las mercaderías vendidas, de acuerdo con el artículo 940 *ibidem* antes de su reforma por la ley 1231 de 2008, máxime cuando se trata de un documento auténtico, del que el legislador presume cierto su contenido.

6. Acepta que la demandada le entregó a la actora las referidas tarjetas por valores individuales de \$10.000,00, \$20.000,00 y \$30.000,00, constituyendo ellas un medio de pago del “*tiempo al aire*” que en cada una se incorpora,

utilizándose en la modalidad de prepago, lo que indica que el cliente no se halla obligado a suscribir contrato, a desembolsar un cargo fijo mensual, ni a recibir una factura, sino que una vez efectuada su adquisición, es él quien determina *“como utilizar y controlar ese tiempo”*.

Precisa que el *“usuario prepago”*, en rigor no adquiere la tarjeta como elemento físico, sino el derecho a acceder al servicio de telecomunicaciones por el lapso incorporado en ella, para lo cual debe ingresar una clave (PIN) allí inserto que le permite acceder a la red. *“En lenguaje comercial: ‘tiempo al aire’, o si se quiere: ‘minutos’ (denominación que constituye un hecho notorio). De allí , (...) que no se puedan confundir el objeto de la prestación (servicio de telecomunicaciones), con el medio que permite al adquirente hacer uso de él (la tarjeta)”*.

7. Que en razón de lo anterior, la obligación de dar a cargo de la demandada, no se agotaba con la entrega de las tarjetas, sino que debía habilitarlas como instrumento para ingresar al servicio de telecomunicaciones y en esa medida, habiéndolas bloqueado por razón del hurto, pese a que le fue pagado el precio pactado, la obligación a su cargo de permitir dicho servicio prestado por ella, no se cumplió, no obstante que en principio se allanó a hacerlo, toda vez que puso a disposición de la actora las tarjetas debidamente activadas, pero al desactivarlas, así hubiera sido a petición de esta, pues bien pudo abstenerse de hacerlo, dejó sin efectos la tradición de la cosa vendida.

Concreta que *“al margen de la causa, lo cierto es que Comcel no posibilitó ni ha posibilitado el ejercicio del derecho a acceder al servicio de telecomunicaciones”*.

8. Así mismo señala el juzgador, que como la falta de tradición no le es imputable a la compañía demandada, no puede considerársele deudora morosa desde el día del hurto so pretexto del vencimiento del plazo pactado, aunque esa ausencia de mora no impide el ejercicio de la acción indemnizatoria especial prevista en el señalado artículo 925 del Código de Comercio, pues la misma surge del solo incumplimiento y como excepción a la regla prevista en el precepto 870 respecto de las acciones resolutoria y de cumplimiento, pues *“hay lugar a perjuicios en caso de mora o de incumplimiento”*.

9. Concluye afirmando que como la referida inobservancia se halla probada, toda vez que Comcel no le ha efectuado a Mecatel la tradición válida del bien adquirido, se imponía el acogimiento de la petición indemnizatoria principal de manera total, esto es, \$205.296.000,00 como perjuicios compensatorios, al no estar demostrado que aquella hubiera satisfecho alguna reclamación efectuada por terceros de buena fe y que igualmente debía reconocer intereses moratorios desde el 28 de mayo de 2008, día siguiente al de notificación del libelo incoatorio.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene cinco cargos, el primero, tercero y quinto por agravio directo de la ley sustancial, en tanto que el segundo y cuarto por violación indirecta, error de hecho. Para su estudio la Corte se ocupará inicialmente de estos, cuyo estudio será abordado de manera conjunta al estar fundados en similares argumentos y servirse de consideraciones comunes, luego los tres iniciales citados que igualmente agrupará, por razones análogas a las expuestas para el examen de los reproches fácticos.

CARGO SEGUNDO

1. Soportado en el inicial motivo de casación, se acusa la sentencia de violación indirecta de los artículos 626, 772 antes de ser reformado por la ley 1231 de 2008, 822, 870, 923 y 925 del Catálogo Mercantil, 754, 1613 y 1614 del Código Civil, por virtud del error de hecho incurrido en la apreciación de las pruebas.

2. En dirección a demostrar tal equivocación, el censor expone lo que a continuación se compendia:

2.1. Sostiene que el *ad quem* aplicó indebidamente el artículo 925 del Código de Comercio, sobre el cual edificó su decisión y por ello derivó indebidamente las consecuencias declarativas y condenatorias plasmadas en ella, fundado en unas normas que no eran las adecuadas, dejando de utilizar los preceptos 2° y 822 *ibidem* que ordenan tener en cuenta las normas civiles en los contratos mercantiles.

2.2. Seguidamente transcribe los apartes del fallo impugnado, dentro de ellos, los referentes a que la acción intentada corresponde a la indemnizatoria especial, autónoma y principal prevista en el precitado canon 925, e igualmente que en este asunto se presenta incumplimiento por parte de la accionada, debido a que no efectuó la tradición jurídica del bien, puesto que a pesar de haberse entregado a la demandante las tarjetas vendidas, que constituyen venta de “*tiempo al aire*” e incorporan el derecho a acceder al servicio de telecomunicaciones que aquella presta, fueron desactivadas debido al hurto perpetrado y, en esa medida dejó sin efectos la tradición, pues no le ha permitido a la compradora su utilización.

2.3. Destaca que en este asunto se indicó en la demanda que para el transporte y resguardo de las tarjetas “*amigo*”, la demandante había dispuesto un operativo de seguridad de varios empleados y vehículos, y sin embargo, el mismo día de la compra, unos delincuentes, simulando ser miembros de la Policía Nacional interceptaron a funcionarios de Mecatel y se las hurtaron, lo que generó que inmediatamente se instauraran las denuncias penales correspondientes y se solicitara el bloqueo de ellas en el sistema operativo de Comcel.

2.4. Al respecto el impugnante señala que no existe prueba de esas aseveraciones, pues la única referencia relacionada con el aludido ilícito, es la copia simple de un denunció formulado el 17 de agosto de 2006 por quien dijo llamarse Nicolás Ricardo Ortega, del que no se sabe nada,

ni la relación que tiene con la actora, pues no fue llamado a declarar, ni a ratificarse de sus afirmaciones, como tampoco se hizo con Helen Yasmín Díaz Téllez, novia suya que lo acompañaba en el momento del infortunio, menos a Juan Carlos Gelvez, *“supuesto supervisor de Móvil Technology a quien Ortega dijo que llamó para reportarle el insuceso”*.

2.5. Agrega que el exiguo material probatorio se reduce a revelar que Mecatel le pidió a Comcel la inactivación de las tarjetas, a lo que esta accedió fundada en lo que aquella le informó, aunque nunca ha aceptado como cierto el hurto de las mismas, pues sólo se ha limitado a creerle a la demandante, dado que no hay informe de la Fiscalía respecto del *“supuesto hurto”* y *“la denuncia no menciona para nada las tales tarjetas”*.

2.6. Así mismo indica el recurrente, que a pesar de no existir ningún medio de persuasión relacionado con el hurto, el Tribunal, con soporte en el denuncia y en la declaración de Silvia Casas quien solo informa haber reclamado las tarjetas y que estas les fueron robadas como dice la denuncia presentada, tuvo por demostrado tal ilícito, con lo que supuso la prueba, toda vez que le hizo decir, tanto a la referida delación, como a la testigo, lo que no expresan.

2.7. Culmina señalando que al no estar probado el hurto de las tarjetas, supuesto fáctico de la demanda, ello indica que ese delito no se presentó, lo que descarta el

incumplimiento de Comcel y por ello, el fallo solo podía ser confirmatorio del de primer grado.

CARGO CUARTO

1. En esta acusación, también se afirmó la violación indirecta, por yerro fáctico, de los mismos preceptos especificados en el reproche anterior, repitiendo los supuestos en los que fue edificado, pero además agrega:

1.1. Que *“Silvia casas dijo ser exfuncionaria de Mecatel pero no que para la época de los hechos estuviera vinculada con esa empresa, al parecer [lo] estaba (...) era con Móvil Technology”*.

1.2. Que de acuerdo con la factura de compraventa, la *“carrera 15 n° 85-62 dirección de aquella sociedad, no coincide con la de la oficina de Nicolás Ricardo Ortega que es “Carrera 15 n° 85-42 oficina 401”. “En el mejor de los casos las dos oficinas son cercanas, pero no son la misma”, según lo indicado en la denuncia.*

1.3. Así mismo indica, que *“[s]i el jefe de Ortega era Silvia Casas y Juan Carlos Gelvez era supervisor de la empresa Móvil Technology, (...) se deduce que Ortega estaba vinculado con (...) [esta firma] y no con Mecatel”*.

1.4. Señala que no existe ninguna prueba demostrativa de que la actora haya dispuesto algún operativo de seguridad para el transporte de las tarjetas,

pues el denunciado no lo refiere; tampoco la hay respecto a que el hurto se hubiera perpetrado a funcionarios suyos, ni que Nicolás Ricardo Ortega fuera uno de sus trabajadores o que Helen Yasmín Díaz Tellez, novia de este, tuviera alguna relación con Mecatel.

1.5. También expone que no hay medio de convicción que acredite la formulación de *“las denuncias penales correspondientes”* por parte de la empresa últimamente mencionada, como tampoco que acaeció el supuesto hurto, ni que de haber ocurrido, esta lo haya sufrido, pues *“[s]i se le cree al ‘denunciado’, las tarjetas no estaban en poder de Mecatel sino de Móvil Technology, quien es un tercero, sin relación alguna con [aquella].- No hay ninguna relación de causalidad entre el supuesto hurto y el perjuicio que alega Mecatel, porque no está acreditado que las tarjetas se las hayan sustraído a la demandante”*.

Agrega que a pesar de no existir elemento de juicio *“del supuesto hurto”* de las tarjetas, el sentenciador lo dio por probado, suponiendo la prueba, toda vez que el denunciado no demuestra nada en relación con esa conducta punible, por lo que si hubiera advertido esa ausencia de medio persuasivo *“habría concluido que Comcel no incurrió en ningún incumplimiento, por falta del supuesto fáctico”*, lo que impedía la condena.

Con fundamento en lo anterior pide que se case el fallo acusado y en sede de segundo grado, se confirme el del *a quo*.

CONSIDERACIONES

1. Como aspecto preliminar, se recuerda que el recurso de casación está orientado a juzgar la sentencia impugnada y no el litigio en sí mismo considerado, pues de hacerlo, mutaría aquel en una tercera instancia, que la ley no prevé. En consecuencia, tal reproche se dirige a que la Corte determine, dentro de los límites trazados por la censura, si la decisión combatida extraordinariamente está o no ajustada al ordenamiento sustancial o, en su caso, al procesal; sin desconocer, claro está, que el juzgador de conocimiento goza de una discreta autonomía para apreciar los medios demostrativos, según los dictados de la sana crítica, esto es, que se encuentra bajo el apremio de enjuiciarlos con soporte en el sentido común, la lógica y las reglas tanto de la ciencia, como de la experiencia.

Lo anterior explica la razón por la cual, cuando el ataque se construye sobre la base de haberse cometido un error de hecho que como vía indirecta integra la primera causal de casación, su acreditación presupone, entre otras exigencias, que la inferencia probatoria atacada sea abiertamente contraria al contenido objetivo de la prueba, lo cual comporta que sólo se estructure en la medida en que el desacierto sea tan notorio que a simple vista se manifieste, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, lo que es igual, de tal magnitud que resulte ostensiblemente contrario a la evidencia del proceso.

En esa medida, no es de recibo una sustentación cualquiera, menos asimilable a un alegato de instancia; al impugnante le compete precisar claramente las transgresiones de la ley, ya sustancial, ora procesal, en que incurrió el juzgador al emitir el fallo controvertido, para lo cual debe exponer los correspondientes argumentos dirigidos a demostrar las equivocaciones palmarias y trascendentes endilgadas. Por ello, como lo ha señalado esta corporación, entre otros, en el fallo CSJ SC, 8 nov. 2013, rad. 2006-00041-01, *'(...) los argumentos que se esgriman no pueden quedarse en meras generalizaciones, o afianzarse en la totalidad de lo acontecido en el litigio, o aludir globalmente a lo probado en el proceso, o reprochar de forma abstracta las decisiones adoptadas, o limitarse a presentar la visión personal que el recurrente tenga de la plataforma fáctica del litigio, actitudes todas que harán inadmisibles la acusación que en tales condiciones se formule'*.

Así mismo, en tratándose del aludido motivo, le corresponde al censor efectuar una crítica concreta y razonada a los fragmentos del fallo que considera desacertados, con indicación de los fundamentos generadores de la infracción a la ley, debiendo referirse a todos los pilares que sustentan la decisión, pues si ello no acaece y alguno de los no atacados le sirven de sustento, la misma debe permanecer inalterable, lo que de contera torna innecesario el estudio de algún otro yerro enrostrado.

Al respecto, la Sala en sentencia CSJ SC, 11 abr. 2014, rad. 2005-00685-01, reiteró:

(...) ‘por vía de la causal primera de casación no cualquier cargo puede recibirse, ni puede tener eficacia legal, sino tan solo aquellos que impugnan directa y completamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones adoptadas en ésta; de allí que haya predicado repetidamente [la Corte] que los cargos operantes en un recurso de casación únicamente son aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido¹, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas, puesto que si alguna de ellas no es atacada y por sí misma le presta apoyo suficiente al fallo impugnado éste debe quedar en pie, haciéndose de paso inocuo el examen de aquellos otros desaciertos cuyo reconocimiento reclama la censura’ (Se subraya; cas. civ. 23 de junio de 1989, Exp. 5189, reiterada en cas. civ. 15 de diciembre de 2003, Exp. 7565)’.

Igualmente, en fallo CSJ SC, 8 nov. 2013, rad. 2006-2013-01 expuso:

(...) los reproches que se aduzcan deben guardar ‘estricto ceñimiento a las razones o fundamentos del fallo impugnado, porque lógica y jurídicamente debe existir cohesión entre el ataque o ataques contenidos en la demanda de casación y la sentencia del ad quem (...). El recurso de casación -ha dicho la Corte- ‘ha de ser en

¹ Resaltado original.

últimas y ante la sentencia impugnada, una crítica simétrica de consistencia tal que, por mérito de la tesis expuesta por el recurrente de manera precisa, y no por intuición oficiosa de la Corte, forzoso sea en términos de legalidad aceptar dicha tesis en vez de las apreciaciones decisorias en que el fallo se apoya...' (Cas. civ. de 10 de septiembre de 1991). (...). *La simetría de la acusación referida por la Sala en el aparte anterior, debe entenderse no solo como armonía de la demanda de casación con la sentencia en cuanto a la plenitud del ataque, sino también como coherencia lógica y jurídica, según se dejó visto, entre las razones expuestas por el juzgador y las propuestas por el impugnante, pues en vano resulta para el éxito del recurso hacer planteamientos que se dicen impugnativos, por pertinentes o depurados que resulten, si ellos son realmente extraños al discurso argumentativo de la sentencia, por desatinada que sea, según el caso'* (Cas. Civ., sentencia de 10 de diciembre de 1999, expediente No. 5294)².

2. En el caso bajo análisis, el Tribunal, como ya se registró, revocó el fallo de primera instancia que había denegado las pretensiones de la demandante, para en su lugar acogerlas, bajo la cardinal consideración de que el objeto de la compraventa fue el “*tiempo al aire*” que en cada una de las tarjetas “*amigo*” se incorpora “*o si se quiere: ‘minutos’ (denominación que constituye un hecho notorio)*”.

² El subrayado corresponde al texto original.

Expuso así mismo, que el anterior aserto tiene soporte en la factura cambiaria de compraventa, en donde se precisó que el negocio causal consistió en la venta del “[d]erecho a acceso servicio telecomunicaciones (intangible)”, por lo que a pesar de haber sido entregadas activadas tales tarjetas, lo que indica que en un principio Comcel se allanó a cumplir su obligación de dar, posteriormente la inobservó, puesto que así hubiera sido a petición de la actora, debido al hurto de ellas y, aún al margen de la causa, las bloqueó, dejando sin efecto la tradición y por tanto, sin posibilidad de que la compradora accediera a los servicios de telecomunicaciones prestado por aquella.

3. En los embates bajo estudio, se le endilga al Tribunal haber incurrido en yerro fáctico porque supuso la prueba del hurto de las tarjetas, dado que no se acreditó su ocurrencia, pues la única referencia al mismo, es una denuncia allegada en copia simple en la que no se mencionan “*las tales tarjetas*” y tampoco se demostró que la demandante hubiera dispuesto el operativo de seguridad para transportarlas, como se indica en la demanda, ni que la sustracción y secuelas de él, las hubiera sufrido Mecatel.

4. El compendio que de la providencia impugnada se acaba de efectuar permite ver que para obtener su derrumbamiento, era necesario que el censor consiguiera erosionar el argumento basilar plasmado en ella, esto es, se reitera, el atinente a que el objeto de la compraventa fue el “*tiempo al aire*”, “*minutos*” o “[d]erecho a acceso servicio

telecomunicaciones (intangible)” incorporado en cada una de las tarjetas “*amigo*”, por lo que al haber sido inactivadas por la vendedora, al margen de la causa que tuvo para proceder de esa manera, dado que bien pudo abstenerse de hacerlo, dejó sin efecto la tradición y por tanto, sin posibilidad de que la compradora accediera a los servicios de telecomunicaciones prestado por aquella.

5. Al revisar los cargos bajo análisis, se constata que en realidad, dicho combate no se realizó, puesto que el impugnante, alejado por completo del razonamiento cardinal que le sirvió al *ad quem* para edificar su sentencia a través de la cual le dedujo responsabilidad a Comcel, se dispuso a esgrimir un aspecto distinto, concretamente, la ausencia de prueba del hurto de las tarjetas, que valga destacarse, no fue soporte de la aludida decisión.

En esas condiciones, si fundado en la factura cambiaria de compraventa expedida por la convocada, en la cual se precisó que el objeto del negocio jurídico celebrado se circunscribió al “[d]erecho a acceso servicio *telecomunicaciones (intangible)*”, el sentenciador dedujo que la inobservancia de tal convención surgió de la imposibilidad que ha tenido Mecatel de acceder a los citados servicios que le compró y pagó a Comcel, puesto que “*al margen de la causa*” esta bloqueó las tarjetas que le vendió activadas, es claro entonces, que en sede casacional, la falta de prueba del hurto de ellas, sustento de las acusaciones, no constituye un ataque frontal y

jurídicamente contundente al mencionado razonamiento judicial.

Al respecto, conviene recalcar que en el escenario de esta clase de impugnación extraordinaria, los cargos deben hacer su aparición guardando total simetría con los fundamentos que le sirvieron al fallador para edificar la decisión cuyo quiebre se pretende, de tal suerte que si el recurrente no es fiel a esas razones, como aquí acaece, no es factible tal derribamiento, se itera, por no ser removidos los verdaderos pilares que a ella le sirven de soporte.

En relación con este aspecto, la Corte en fallo SC4809-2014, memoró:

La naturaleza dispositiva de este recurso extraordinario, impide desatender las cargas propias de los impugnantes, quienes tienen la obligación de derrumbar todos los pilares que sirven de soporte a la decisión, ya que de quedar uno solo en pie, se conserva la presunción de acierto con que llega el fallo a la Corte.

(...) En el punto, la Corte ha sido insistente al sostener que 'el recurso debe orientarse a desvirtuar con sentido objetivo de integralidad la base jurídica del fallo; de no hacerlo, de no hacerse cargo en forma circunstanciada de todas las apreciaciones de fondo que conforman esa base o lo que a ello equivale en últimas, si desatiende la estructura del juicio jurisdiccional discutido y se aparta de la línea argumental que inspira la solución que en

derecho se le imprime a la controversia por virtud de dicho juicio, el mencionado recurso es improcedente, improcedencia (...) que responde a necesidades conceptuales que sin duda se identifican con la naturaleza misma que en nuestro medio el ordenamiento le reconoce al recurso de casación...' (Cas. Civ., sentencia del 27 de marzo de 1992, reiterada en el fallo del 25 de marzo de 1999 (expediente No. 5089).

6. En el precedente orden de ideas, si el recurrente se desentendió de combatir las verdaderas bases que le sirvieron de sustentáculo al sentenciador colegiado, el fallo impugnado, se insiste, no puede ser casado, porque así se aceptara que el análisis fáctico y jurídico realizado por él, resultara cuestionable, sin importar el respaldo que la Corte pudiera o no ofrecerle al mismo, lo cierto es que esa hermenéutica, al ingresar al terreno de la casación escoltada por la presunción de legalidad y acierto, se torna intocable para esta Corporación, quien la debe respetar, cuando no ha sido desvirtuada por el recurrente conforme a los lineamientos de la específica causal primera, en la modalidad de error de hecho que por vía indirecta se plantea.

Como en este asunto, la inferencia del fallador no sufrió ataque, mediante la singularización y demostración de evidentes y trascendentes errores en la contemplación objetiva del material probatorio, puesto que el casacionista solo se dispuso a esgrimir su particular percepción del asunto, por demás divorciada de la tesis decisional y sin

fuerza alguna para derribar el fallo combatido, este debe permanecer intacto.

7. Adicionalmente, el impugnante omitió su deber de acreditar la comisión de los desaciertos con las características de protuberantes y trascendentes, puesto que de conformidad con la copia auténtica de la *“factura cambiaria de compraventa n° 1001335042”* allegada al proceso (fl. 39 c.1), elemento material de prueba que tampoco fue cuestionado por aquel, era admisible inferir la conclusión del Tribunal en cuanto a que el objeto del respectivo acuerdo de voluntades fue el *“[d]erecho a acceso servicio telecomunicaciones (intangibles)”*, según consta en ella, y no simplemente las tarjetas como elemento físico, que no obstante requerirse para poder acceder a la red dado que contienen el *“número (PIN)”*, *“el objeto de compra, se insiste, es el derecho a acceder al servicio de comunicación por telefonía celular prestado, en este caso, por la demandada”*.

8. Finalmente y fuera de lo expuesto, se advierte que los yerros denunciados lucen intrascendentes, puesto que de quebrarse la sentencia, la Corte situada como Tribunal de instancia, tendría que emitir la misma decisión adoptada por la Corporación de segundo grado, con base en la regla que impone respetar los actos propios.

En efecto, si de conformidad con lo dispuesto en el canon 83 de la Constitución Política *“[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a*

los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”, y el numeral 1° del precepto 95 ibídem consagra el deber de “[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, entonces, cuando se despliegan actos llamados a producir efectos jurídicos, las personas deben proceder de acuerdo con tales postulados, esto es, de manera coherente a como se han venido comportando ya al interior, ora por fuera del proceso judicial.

En el presente caso, los elementos de convicción incorporados al expediente informan que el mismo día en que Mecatel le compró y pagó las tarjetas “*amigo*” a Comcel, fue objeto del hurto de ellas, por lo que inmediatamente después de esa contingencia, procedió a informarle a esta lo acaecido, solicitándole a la vez, su desactivación, pedimento que fue acogido por la convocada.

Si lo anterior es así y ninguno de los medios de prueba que integran la actuación refiere que antes de esta o en su decurso, la demandada controvirtió la existencia del aludido comportamiento *contra jus*, lo que indica que asintió su presencia, al punto que por esa razón atendió la solicitud de bloqueo que le fue formulada, no se advierte coherente el argumento ahora esgrimido en el escenario del recurso de casación, consistente en que no está probada la mencionada sustracción.

Véase que con antelación al juicio definido con la sentencia impugnada y mediante las misivas que en original

se allegaron, de 18, 22 y 23 de agosto de 2006 (fls. 42 a 46 c.1), Mecatel le manifestó a Comcel que el 17 de ese mismo mes y año le habían sido hurtadas las mencionadas tarjetas y que como por dicha razón la convocada las inactivó y dejó inutilizadas, le solicitaba que le *“repusiera el pedido respectivo”*, frente a lo cual, esta no esgrimió la falta de prueba del hurto para desatender esa reclamación, o por lo menos ello no se acreditó.

Tampoco cuestionó dicha sustracción al interior del proceso, pues a pesar de que en los hechos 8 y 9 del libelo introductorio se esgrimió esa circunstancia, en la respectiva contestación (fls. 58 a 62 c.1) no se descalificó la veracidad de ellos, ni las excepciones propuestas tuvieron ese soporte.

Es más, del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada se desprende que esta no puso en duda la perpetración del aludido ilícito, cuya noticia la llevó a bloquear las tarjetas vendidas a la actora, pues el texto de dicha probanza no lo refiere; por el contrario, la conducta allí asumida permite inferir su aceptación, pues al responder la pregunta de si era o no cierto *“que Mecatel S.A. dio aviso oportuno a Comcel del hurto de las tarjetas Contestó. Es cierto y al respecto aclaró que Inversiones Mecatel con posterioridad a haber recibido por parte de Comcel a entera satisfacción dichas mercancías, dio aviso a Comcel que las mismas les habían sido hurtadas”*; así mismo frente al interrogante de *“cómo es cierto si o no que Comcel S.A. procedió a bloquear oportunamente las tarjetas. Contestó. Es cierto y aclaró que*

con ocasión del aviso que le hizo Inversiones Mecatel a Comcel en relación con el hurto acontecido con posterioridad a la entrega y recibo a satisfacción de dichas mercancías Comcel procedió bloquear las tarjetas” (fls. 107 a 108 c.1).

9. En estas condiciones, si la convocada, aún antes de clausurarse el debate probatorio no refutó la ocurrencia de la sustracción de las mencionadas tarjetas “*amigo*” y por lo mismo, su contraparte se privó de pronunciarse oportunamente al respecto, no se vislumbra leal, ni ceñido al postulado de la buena fe, que a partir de sus alegatos de conclusión comience a plantear la duda relacionada con la presencia del hurto y que además esa circunstancia constituya el soporte de las acusaciones bajo estudio.

Téngase presente que cuando se trata de las relaciones interpersonales, las conductas productoras de efectos frente a quienes están dirigidos, deben asumirse con probidad, sinceridad y coherencia, de tal forma que generen credibilidad y la sana confianza de que ese proceder se seguirá observando en el decurso del respectivo vínculo, dado que cuando sin justificación y en perjuicio de quien en él participa, se modifica esa línea comportamental, la relación y bienestar también se alteran, generando malestar y prevención.

Respecto de esta temática, la Corte en fallo CSJ SC, 8 nov. 2013, rad. 2006-00041-01 expuso lo siguiente:

Cada uno de los participantes en (...) [un] proceso relacional espera del otro la realización, por su parte, de actos subsiguientes que guarden coherencia, consistencia o continuidad con los anteriores. Cuando así ocurre, se fortalece la credibilidad y la confianza. Si no se procede de esa manera, esto es, si se incurre en contradicción injustificadamente, aflora la prevención y el desacuerdo. 'De este modo, la construcción de expectativas y la motivación a la acción está racionalmente fundada en la sinceridad del acto comunicacional' (...).

Inocultable es, por lo tanto, la importancia de actuar con sujeción a los postulados que se derivan del principio general de la buena fe, pues sólo así es posible 'la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo', que a veces del artículo 2º de la Constitución Política son, entre otros más, fines del Estado Social del Derecho.

(...) Con fundamento en el comentado principio, se ha estructurado la 'doctrina de los actos propios' -venire contra factum proprium non valet-, conforme a la cual, en líneas generales, con fundamento en la buena fe objetiva existe para las personas el deber de actuar de manera coherente, razón por la cual ellas no pueden contradecir sin justificación sus conductas anteriores relevantes y eficaces, específicamente si con tales comportamientos se generó una expectativa legítima en los otros sobre el mantenimiento o la continuidad de la situación inicial.

(...) Como es pertinente colegirlo, el ejercicio de las acciones judiciales y la realización de las actividades que luego de iniciadas se efectúen en virtud de ellas, son comportamientos que también están sometidos al imperio de artículo 83 de la Constitución Política. Significa lo anterior que en los litigios, los intervinientes, independientemente de la posición que ocupen, deben desempeñarse con respeto en relación con sus actuaciones anteriores, ya sea que ellas se hayan verificado por fuera del proceso o en su interior, de modo que su gestión sea siempre un reflejo de la coherencia.

Por consiguiente, en desarrollo de los derechos de acción y de defensa, las partes de un proceso no pueden, sin mediar una justificación legalmente atendible y, mucho menos, de manera intempestiva e inconsulta, actuar en contravía de la posición que con anterioridad asumieron, así la nueva postura sea lícita, si con ello vulneran las expectativas legítimamente generadas en su contraparte o en los terceros, o los derechos de una y otros.

Es pertinente entender, en consecuencia, que la efectiva aplicación del principio de la buena fe y de la regla que de él se deriva que nos compele a respetar los actos propios, garantizan que los procesos judiciales, en general, y los actos que en desarrollo de ellos se realicen, en particular, sean siempre expresión de probidad, corrección, transparencia y coherencia, y que, por ende, no se utilicen para propósitos diversos, en perjuicio de la contraparte o de la propia administración de justicia.

En este orden de ideas, dado que el proceder asumido desde un comienzo por la demandada es indicativo de que aceptó la presencia del hurto de las referidas tarjetas, el cambio de actitud que posteriormente asumió, al contravenir la “*doctrina del acto propio*”, se itera, torna intrascendentes las acusaciones e impide el quiebre de la sentencia opugnada.

Con base en lo expuesto, los embates analizados, no prosperan.

CARGO PRIMERO

1. Con respaldo en el inicial motivo de casación, el impugnante denunció el quebranto directo de los artículos 2°, 822 del Código de Comercio, 1602 y 1625 del Estatuto Civil, por falta de aplicación; 626, 772 antes de la reforma que le introdujo la ley 1231 de 2008, 870, 923, 925 de aquella normatividad, 754, 1613 y 1614 de la última codificación citada, por aplicación indebida.

2. En sustento de la acusación, el recurrente consignó las apreciaciones que pasan a compendiarse:

2.1. Comienza señalando que el juzgador dejó de aplicar los dos primeros preceptos citados que ordenan tener en cuenta las normas civiles en los contratos mercantiles y desconoció las que gobiernan la formación de los actos jurídicos, su modificación y extinción, lo que

conllevó la aplicación errada de los restantes cánones mencionados.

2.2. También aquí reproduce los apartes de la sentencia recurrida en casación, dentro de ellos, el concerniente al incumplimiento que el fallador le deduce a la accionada, debido a que si bien inicialmente se allanó a cumplir entregándole a la actora las tarjetas activadas, las cuales constituyen venta de *“tiempo al aire”* e incorporan el derecho a acceder al servicio de telecomunicaciones, posteriormente las bloqueó, y en virtud de ello *“falló la tradición de la cosa vendida, porque al margen de la causa, lo cierto es que Comcel no posibilitó ni ha posibilitado el ejercicio del derecho a acceder al servicio de telecomunicaciones (...) [pues] habiéndolas inactivado, dejó sin efectos la tradición”*.

2.3. Al respecto, el impugnante plantea que *“[n]o fue que Comcel haya dejado sin efectos la tradición de las tarjetas”*, puesto que lo celebrado fue un negocio jurídico bilateral de *“revocación voluntaria de la tradición de [ellas]”*, mediante el cual, la convocada aceptó el pedimento de Meditel (sic) de inactivarlas, conducta regida por el canon 1602 del Código Civil, según el cual, los pactos solo pueden ser invalidados por el consentimiento mutuo de los contratantes, norma concordante con el inciso primero del 1625, al prescribir que toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces, consientan en darla por nula.

2.4. Que en este caso, *“lo que las partes hicieron, fue celebrar un acuerdo para la revocación voluntaria de la tradición de las tarjetas”*, por lo que entonces, no es admisible que se condene a Comcel por no haberse abstenido de bloquear las tarjetas, y menos porque habiéndolas inactivado dejó sin efectos la tradición; *“tampoco es de recibo que se prescindiera por completo de la causa para afirmar que Comcel no posibilitó el ejercicio del derecho del demandante, al incumplir la tradición de la cosa vendida”*.

2.5. Agrega que es contradictorio el argumento del *ad quem* según el cual la demandada ya había cumplido y a la vez señale que esta no le ha permitido a su compradora acceder a los servicios de telecomunicaciones, aunque reconoce que en un principio se allanó a hacerlo al poner a su disposición las tarjetas activadas, las que bloqueó por solicitud de la compradora.

2.6. Culmina señalando que el juzgador dejó de aplicar las normas relativas a la revocación voluntaria de los actos jurídicos (arts. 1602 y 1625 del código civil) e hizo obrar preceptos impertinentes como el 925 del Código de Comercio y los demás que refiere como agravios.

CARGO TERCERO

1. En esta acusación, igualmente se afirmó la violación recta de los artículos 2° y 822 del Estatuto Mercantil, *“1604, 1608, 2357, 8° de la ley 153 de 1887, por falta de*

aplicación”, 925 de aquella reglamentación, 754, 1613 y 1614 del Código Civil, 626, 870, 923 y 772 de la inicial normatividad citada, antes de ser reformado por la ley 1231 de 2008, por aplicación indebida.

2. Transcribe los mismos pasajes de la providencia impugnada indicados en los embates anteriormente plasmados, dentro de ellos, el concerniente a que Comcel incumplió su obligación al no hacer la tradición jurídica de las tarjetas que la actora le compró y pagó, pues al haberlas inactivado, así hubiera sido a petición de esta o *“al margen de la causa”*, dejó sin efecto aquella y por tanto sin posibilidad de que Mecatel accediera al servicio de telecomunicaciones prestado por la demandada; agregando que el *ad quem*, en punto del daño dijo que *“aunque no hay mora si hay lugar al pago de perjuicios compensatorios, constituidos por el precio pagado y los intereses moratorios desde la notificación de la demanda”*.

Al respecto, el impugnante igualmente expresa que *“discrepa de las conclusiones jurídicas a las cuales arribó el tribunal”*, dado que aquí no hay incumplimiento, si se tiene en cuenta que la responsabilidad que de este se deriva, tiene como condición que el mismo sea culpable y lo que en el presente asunto ocurrió fue que Mecatel le pidió a Comcel la desactivación de las tarjetas y así se hizo, por lo que *“si hubo alguna afectación en la tradición, si, por decirlo así, las tarjetas se ‘destraditaron’ fue por un acto de Mecatel, lo cual excluye por completo la responsabilidad de Comcel; hay un*

actuar de la parte, asimilable a ‘culpa de la víctima’, eximente de responsabilidad”.

Que si ello es así, no puede predicarse como lo hace el juzgador, que así el bloqueo de las tarjetas hubiese sido a petición del demandante, tal inactivación dejó sin efectos la tradición, reiterando en esta acusación que “[n]o se puede condenar a Comcel por haberse atravesado no haberse abstenido de bloquear las tarjetas, ni menos porque habiéndolas inactivado, dejó sin efectos la tradición; tampoco es de recibo que se prescindiera por completo de la causa para afirmar que Comcel, no posibilitó el ejercicio del derecho del demandante al incumplir la tradición de la cosa vendida”.

3. Agrega que el *ad quem* fulminó a la demandada con el argumento consistente en que esta no le ha permitido a su compradora acceder a los servicios de comunicación, aunque en un principio se allanó a hacerlo al entregarle las tarjetas activadas, pero que al haberlas bloqueado por solicitud de esta, incumplió por no abstenerse abstenido de inactivarlas, sin tener presente que fue el actuar de Mecatel el que puso al vendedor en aparente situación de inobservancia.

4. Concluye señalando que el sentenciador dejó de aplicar las normas eximentes de responsabilidad y en cambio sí lo hizo respecto de las que regulan los eventos de incumplimiento de un contrato, cuando tal contravención no existió y menos culpable, como tampoco mora de la convocada.

CARGO QUINTO

1. Con sustento en la misma causal de los anteriores reproches denuncia el agravio directo de los cánones 2°, 822 y 929 de la Codificación Comercial, 1607, 1608, 1729 y 1876 del Estatuto Civil, por falta de aplicación, 754, 1613 y 1614 del *ibídem*, 626, 870, 923, 925 y 772 de la inicial normatividad citada, antes de ser reformado por la ley 1231 de 2008, por aplicación indebida.

2. En este embate, el impugnante acusa al sentenciador de no haber aplicado el precepto 929 del Código de Comercio, según el cual, en la venta de un cuerpo cierto el riesgo de la pérdida es del vendedor, si su entrega fue anterior y de serlo con posterioridad, lo asume el comprador adquiriente.

3. En relación con este reproche, al igual que en los restantes, el recurrente transcribe los mismos fragmentos del fallo, dentro de los que se cuenta el atinente al incumplimiento de Comcel, al no haber efectuado “*la tradición válida del bien adquirido por Mecatel S.A.*” porque sin importar la causa o que esta hubiera sido por pedimento de la actora, la mencionada desactivación conllevó a dejar sin efectos su tradición y por ello “*no ha permitido que su compradora acceda al servicio de telecomunicaciones que presta*”.

Frente a lo antes expuesto, el impugnante *“discrepa de las conclusiones jurídicas a las cuales arribó el tribunal”,* debido a que *“[n]o fue que Comcel haya dejado sin efectos la tradición de las tarjetas; aquí lo que ocurrió fue un negocio jurídico bilateral en cuya virtud Comcel le hizo entrega y tradición de las tarjetas a Meditel (sic) quien las recibió y se hizo dueño de ellas y de lo que representan”.*

4. Con base en ello, sostiene que no es de recibo el argumento del Tribunal referente a que así la desactivación de las tarjetas haya sucedido por petición de la promotora del juicio, al bloquearlas dejó sin efectos la tradición, dado que aquellas eran de propiedad de Meditel (sic) por *“tradición válida”* que le hizo Comcel, quien ya siendo dueña le pidió a esta que las inactivara, pero aquélla continuaba siendo propietaria, porque *“la tradición no se revocó”.*

También, como en los otros ataques, el censor reitera que no se puede condenar a Comcel por no haberse abstenido de bloquear las tarjetas, ni porque habiéndolas inactivado, *“haya dejado sin efectos la tradición”,* dado que ésta fue válida. *“Lo que hizo Meditel (sic) fue pedirle a Comcel que las inactivara, es decir que le suspendiera ese efecto pero eso no quiere decir que las tarjetas volvieran a ser de propiedad de Comcel, éstas siguen siendo de Meditel (sic)”.*

En este reproche igualmente recalca que *“tampoco es de recibo que se prescinda por completo de la causa para*

afirmar que Comcel no possibilitó el ejercicio del derecho del demandante, al incumplir la tradición de la cosa vendida”.

Culmina señalando que el juzgador dejó de aplicar las normas rectoras del riesgo de la pérdida de la cosa que se debe e hizo actuar unas impertinentes.

Con fundamento en lo anterior recabó en su petición de que se case el fallo acusado y en sede de instancia se confirme el de primer grado.

CONSIDERACIONES

1. En punto de la violación directa de la ley sustancial, modalidad en la que se fundan las acusaciones que ahora ocupan la atención de la Sala, cabe acotar que se presenta cuando el sentenciador deja de aplicar al caso sometido a su conocimiento los preceptos sustanciales que estaban llamados a gobernarlo y, concomitantemente hace actuar unos ajenos al debate sometido a la composición judicial, o cuando a pesar de haber seleccionado los correctos, en su aplicación altera o deforma su genuino sentido, pero ha de resaltarse eso sí, que en cualquiera de tales eventos, la discrepancia de la censura no podrá apartarse, ni cuestionar la comprensión fáctica de la controversia, pues las reflexiones deben concretarse al ámbito meramente jurídico.

En relación con la clase de agravio que se estudia, esta Corporación en el fallo CSJ SC, 16 may. 2013, rad. 2005-00131-01, sostuvo:

Acerca del entendimiento del aludido motivo de casación invocado como sustento de la acusación y en torno a la técnica para sustentarlo, insistentemente ha dicho la Corte Suprema que '(...) se trata de un reproche que se desarrolla en un campo estrictamente jurídico, cuya prosperidad depende de que el impugnador consiga demostrar la falta de aplicación de los preceptos llamados a gobernar el caso, la actuación de los que no resultan pertinentes, o la incorrecta interpretación de aquéllos (...) la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas (...)' (sent. cas. de 7 de diciembre de 2012, exp. 2006-00017).

Así mismo, en decisión CSJ AC, 18 dic. 2009, Exp. 2002-00007-01 concretó:

(...) proponiéndose el quebranto recto, el recurrente está obligado a respetar las conclusiones obtenidas por el juzgador de instancia en relación con los hechos del proceso y, por ende, no puede, para sustentar el cargo afincado en tal clase de violación, cuestionar la ponderación que él haya efectuado de la demanda, de su

contestación o de los medios de prueba. En otros términos, la vulneración directa exige prescindir por completo de la cuestión fáctica del litigio.

2. Al examinar las precedentes acusaciones edificadas sobre el inicial motivo de casación, en su modalidad de violación directa de la ley sustancial, se evidencia que en el desarrollo de ellas, el casacionista desatiende el requerimiento técnico que acaba de mencionarse, toda vez que en varios pasajes del escrito con el que las sustenta, arremete sin restricciones contra la estimativa judicial plasmada en el fallo combatido.

En efecto, la consideración básica del sentenciador para deducirle responsabilidad a la convocada, se recuerda, fue el haber incumplido su obligación consistente en realizar la entrega jurídica de las tarjetas que Mecatel le compró y pagó, puesto que a pesar de que en principio se allanó a realizarla, toda vez que se las transfirió activadas, posteriormente y sin importar la causa, las bloqueó, con lo que *“dejó sin efectos la tradición”* y, por ende, sin posibilidad de que la actora accediera al servicio de telecomunicaciones prestado por aquella.

El impugnante como lo expresa en todos los embates edificados en la causal que se analiza, discrepa de las conclusiones a las cuales arribó el tribunal, y por ello, ataca abiertamente los planteamientos de este.

Así, frente a la consideración judicial de que con el bloqueo se dejó sin efectos la tradición de las tarjetas, el censor señala tanto en el inicial, como en el último cargo que *“[n]o fue que Comcel haya dejado sin efectos la tradición de las tarjetas; aquí lo que ocurrió fue un negocio jurídico bilateral en cuya virtud Comcel (cargo primero) aceptó la oferta -solicitud- de Meditel (sic) para inactivar las tarjetas”* y, (cargo quinto) *“le hizo entrega y tradición de las tarjetas a Meditel (sic) quien las recibió y se hizo dueño de ellas y de lo que representan”*.

Igualmente se aparta de la conclusión del Tribunal según la cual *“que ese bloqueo se haya dado a petición de la demandante por una causa ajena a la vendedora (el hurto), no impide afirmar que, como consecuencia de la inactivación, falló la tradición de la cosa vendida, porque, al margen de la causa, lo cierto es que Comcel no possibilitó ni ha possibilitado el ejercicio del derecho a acceder al servicio de telecomunicaciones”*, pues para el impugnante, *“tampoco es de recibo que se prescindiera por completo de la causa para afirmar que Comcel no possibilitó el ejercicio del derecho del demandante, al incumplir la tradición de la cosa vendida”*.

La inconformidad presentada frente a la ponderación de la cuestión fáctica debatida, igualmente la concreta en la tercera acusación, toda vez que en cuanto al incumplimiento que el fallador encontró acreditado para atribuirle responsabilidad a la demandada porque *“no ha permitido que su compradora acceda al servicio de telecomunicaciones que presta”* y la referente a que a esta le corresponde pagar

“intereses moratorios (...) a partir del 28 de mayo de 2008”, el casacionista repele expresamente esa argumentación señalando que aquí “no hubo incumplimiento alguno, ni menos incumplimiento culpable de Comcel, y tampoco mora de su parte”, habida cuenta que “[l]a responsabilidad por incumplimiento tiene como condición que el incumplimiento sea culpable”.

Allí mismo explica que lo sucedido fue *“que Mecatel pidió que (...) desactivaran [las tarjetas] y así ocurrió. Entonces se (sic) hubo alguna afectación en la tradición, si, por decirlo así, las tarjetas se ‘destraditaron’, fue por un acto de Mecatel, lo cual excluye por completo la responsabilidad de Comcel; hay un actuar de la parte, asimilable a culpa de la víctima, eximente de responsabilidad”.*

3. De acuerdo con lo expuesto, es claro que el censor, al haber encaminado la acusación por la senda recta, le incumbía admitir sin reparo alguno las deducciones del juzgador de segundo grado; sin embargo, como ha quedado visto, aquel discrepa abierta y enfáticamente de ellas, pues en términos generales su discurso se orientó a disentir de los aludidos planteamientos judiciales, pero solo en lo fáctico.

4. De lo anterior se desprende la inobservancia de la técnica de casación, dado que como ha quedado consignado, en esta especie de reproche, el impugnador debe centrar su cuestionamiento necesaria y exclusivamente en torno de los textos sustanciales que considere no aplicados, utilizados indebidamente o erróneamente interpretados, con absoluta

exclusión de crítica o divergencia, expresa o implícita a las consideraciones plasmadas por el juzgador en su juicio, atinentes a la cuestión fáctica y probatoria, que por tanto, se reitera, le incumbe aceptar íntegramente.

5. Adicionalmente, la citada falencia se robustece, en la medida en que el censor omitió su deber de atacar todos los fundamentos sobre los que se edificó la decisión de segunda instancia, lo que en consecuencia torna incompletas las acusaciones.

Respecto del indicado requisito que debe observarse cuando se trata de la vulneración de la ley sustancial en cualquiera de las modalidades previstas en la causal primera de casación, esta Corporación en sentencia CSJ SC, 3 oct. 2003, rad. 6973, precisó:

De suyo, en lo que hace a las dos formas de transgresión aludidas -directa e indirecta-, propio es observar que el ataque que se plantee ha de ser certero, para lo cual, de un lado, debe destruir la totalidad de los pilares en que descansa la sentencia combatida, pues de mantenerse en pie siquiera uno que sea suficiente para sostenerla ella no podrá quebrarse, y, de otro, ser trascendente, con lo que se quiere significar que su reconocimiento necesariamente ha de conducir a decisiones distintas a las adoptadas en el fallo cuestionado.

Obsérvese al respecto, que en las acusaciones bajo análisis, la censura nada replicó frente a la consideración

del juzgador de segundo grado, atinente a que en el presente asunto lo vendido no fue un *“medio de pago”*, sino *“tiempo al aire, o si se quiere: ‘minutos’*”, puesto que en la factura cambiaria de compraventa se puntualizó que la mercancía transferida era el *“derecho a acceso servicio telecomunicaciones (intangibile)”*, documento cierto y auténtico emanado de la sociedad vendedora que *“no deja espacio para la duda en cuanto a que [aquel fue] el bien comprado por la sociedad demandante (...), más concretamente el derecho de acceso al servicio de telecomunicaciones prestado por Comcel S. A.”*.

Tampoco le mereció reparo alguno el argumento según el cual, el usuario prepago, en rigor, no adquiere una tarjeta como elemento físico, sino *“el derecho a acceder al servicio de telecomunicaciones por el tiempo incorporado en ella”*, para lo cual debe ingresar una clave (PIN) que en la misma se encuentra, por lo que en realidad, el *“objeto de compra, se insiste, es el derecho a acceder al servicio de comunicación por telefonía celular prestado, en este caso, por la demandada”*, y que por tanto *“no se pued[e]n confundir el objeto de la prestación (servicio telecomunicaciones) con el medio que le permite al adquirente hacer uso de él (la tarjeta)”*.

Olvidó, así mismo el recurrente, atacar el argumento que le sirvió al Tribunal para derivarle el incumplimiento a la accionada, consistente en que *“la obligación de dar a cargo de Comcel no se agotaba con la entrega de las tarjetas ‘amigo’, sino que era indispensable, además, su habilitación como instrumento para acceder al servicio de telecomunicaciones. Concretamente, como el objeto del contrato fue el derecho a*

acceder a este servicio, la tradición de ese intangible exigía poner al comprador en condiciones de poder hacerlo, para lo cual era necesario la entrega de una tarjeta activada”.

6. Lo anterior evidencia que la censura perdió el rumbo, desviando su deber procesal de combatir todos los pilares que le sirvieron de fundamento al juez colegiado para inferir la responsabilidad de la sociedad accionada y como los mismos, por sí solo sostienen la decisión, ello impide la prosperidad de los embates.

7. Adicionalmente, se percibe que los reparos del impugnante, orientados por la senda directa, incursionan en el terreno fáctico, situación que igualmente se torna inapropiada, si se tiene en cuenta que para controvertir esa clase de desaciertos, se halla prevista la modalidad indirecta que como forma de agraviar la ley sustancial, también consagra la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

El defecto que se comenta, lo confirman los argumentos del casacionista según los cuales, en este caso no *“[n]o fue que Comcel haya dejado sin efectos la tradición de las tarjetas”* como lo sostiene el Tribunal, sino que lo acaecido constituye una situación distinta, concretamente, a decir del cargo primero, *“lo que las partes hicieron, fue celebrar un acuerdo para la revocación voluntaria de la tradición de las tarjetas”*, o como se indica en el quinto reproche *“aquí lo que ocurrió fue un negocio jurídico bilateral en cuya virtud Comcel le hizo entrega y tradición de las tarjetas a Meditel (sic) quien*

las recibió y se hizo dueño de ellas y de lo que representan”, por lo que tratándose de un cuerpo cierto, tales bienes perecieron para ella.

Como se advierte, la crítica formulada dista de ser meramente jurídica, según lo requerido cuando se opta por denunciar el quebranto derecho de la ley sustancial, pues si como lo plantea el recurrente, lo acaecido no corresponde a lo que el Tribunal interpretó, no era la vía directa la indicada para lograr el quiebre del fallo proferido por este.

Similar circunstancia se presenta en el tercer embate, en el que pretendiendo demostrar que no hubo incumplimiento, ni responsabilidad de la accionada al haber bloqueado las tarjetas y tampoco cesación de efectos en la tradición, como lo afirma el *ad quem*, el recurrente sostiene que lo sucedido fue *“que Mecatel pidió que las desactivaran y así ocurrió. Entonces se (sic) hubo alguna afectación en la tradición, si, por decirlo así, las tarjetas se ‘destraditaron’, fue por un acto de Mecatel, lo cual excluye por completo la responsabilidad de Comcel; hay un actuar de la parte, asimilable a culpa de la víctima, eximente de responsabilidad”*.

8. En este orden de ideas, dado que como ya se ha expuesto y ahora se insiste, la acusación encaminada por la senda recta, presupone que el censor comparece al escenario del recurso extraordinario de casación admitiendo completamente las conclusiones fácticas y probatorias deducidas por el Tribunal, pues se parte de la presunción

que este ponderó acertadamente tales aspectos y que por lo mismo, no incurrió en ningún desacierto, entonces, si el impugnante discrepa de tales inferencias o estima que el entendimiento del derecho material fue deficitario, además de comprometer la claridad e idoneidad del cargo, no puede transitar por la aludida vía, debiendo hacerlo por indirecta, que precisamente, se repite, se halla habilitada para increparle al sentenciador que no advirtió adecuadamente la plataforma fáctica, caso en el cual, le corresponde, entre otros requisitos, señalar de manera diáfana y precisa los errores de valoración, de hecho o de derecho, en que haya incurrido el sentenciador, exigencias que como tampoco aquí se vislumbran, la conclusión es que ante tales deficiencias, la Corte no puede adentrarse en el fondo de los reproches auscultados, ni involucrarse en el estudio de la situación que generó el litigio.

9. Pero además, según lo determinó la Corte en fallo CSJ SC, 3 oct. 2003, rad. 6973, cuando se trata del conducto escogido por el censor y que ahora se analiza, *«el ataque tiene que partir de premisas o conclusiones probatorias verdaderamente ciertas, es decir, que correspondan a circunstancias fácticas efectivamente verificadas por el Tribunal, pues de no ocurrir así el recurrente estaría sentando sus propias conclusiones de hecho, y de alguna manera acomodando la sentencia a su particular interés (...)»*.

En el presente asunto, esto último es lo que se aprecia, puesto que, tanto en la inicial, como en la acusación final, el censor parte de una consideración ajena a la sentencia, dado

que en ninguno de sus apartes se expuso que el incumplimiento deducido a la accionada se originó *“por no haberse abstenido de bloquear las tarjetas”*, sino porque *“no ha permitido que su compradora acceda a los servicios de telecomunicaciones que presta”*.

Tampoco integran las consideraciones del *ad quem*, que la venta consistió en un cuerpo cierto y que por ello, al haberle sido hurtadas las tarjetas a Mecatel quien ya era dueña, la pérdida debe ser asumida por ella, según lo plantea el casacionista en el último reproche, pues contrariamente, el sentenciador sostuvo que el objeto de la transacción fue un *“intangibile”*, *“derecho a acceso servicio de telecomunicaciones”*, *“tiempo al aire”*, *“o si se quiere ‘minutos’”*, tesis aquella que por tanto, luce desenfocada y refuerza la ausencia de técnica que se viene comentando.

10. Colofón de lo expresado, es que las acusaciones examinadas no prosperan.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **NO CASA** la sentencia proferida el 15 de junio de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso que se dejó identificado al inicio del presente proveído.

Costas en casación, a cargo del recurrente. Inclúyase en la respectiva liquidación, por concepto de agencias en derecho, la suma de \$6.000.000.00, por cuanto la demanda de casación fue replicada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ