



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC131-2018

Radicación n° 11001-31-03-042-2007-00160-01

(Aprobado en sesión de nueve de noviembre de dos mil diecisiete).

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Musinga S.A. contra la sentencia de 14 de octubre de 2011, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que la recurrente promovió frente a Cano Outsourcing Ltda.

ANTECEDENTES

1.- La accionante solicitó (folios 28 a 34 y 37 a 39, cuaderno 1):

1.1. Se declare la resolución de las compraventas contenidas en las escrituras públicas números 458 y 459,

otorgadas el 8 de junio de 2006 en la Notaría Única de Guatavita, que tuvieron por objeto los lotes 67 y 69 de la primera etapa del Econdominio Musinga, por incumplimiento de la demandada en el pago del precio; se condene a ésta a restituir los mencionados inmuebles; y se disponga el registro la sentencia.

1.2. En subsidio, deprecó la rescisión de los aludidos acuerdos de voluntades por haber sufrido lesión enorme, que se condene a Cano Outsourcing Ltda. restituir los fundos y se ordene la inscripción del fallo.

1.3. Tales pretensiones, en resumen, tuvieron el siguiente sustento fáctico:

1.3.1. La junta de socios de Musinga S.A., actualmente en liquidación, llevada a cabo el 28 de noviembre de 2005, autorizó a su representante legal a «*entregar en pago*» a favor de Cano Outsourcing Ltda. -por concepto de honorarios tras la gestión que le adelantó- los lotes 67 y 69, identificados con matrículas inmobiliarias números 176-100499 y 176-100501 de la Oficina de Registro Instrumentos Públicos de Zipaquirá, cometido que fue ejecutado con el otorgamiento de las escrituras públicas 458 y 459 del 8 de junio de 2006 de la Notaría Única de Guatavita.

1.3.2. En dichos actos se anotó que se trataba de sendos contratos de compraventa, que los precios pactados fueron \$35'684.884 para el lote 67 y \$48'780.884 para el lote 69. Sin embargo, estas sumas no aparecen registradas en la

contabilidad de la actora como un débito ni en la de la enjuiciada a título de crédito.

1.3.3. A pesar de que en la junta de socios de la promotora se acordó que uno de los motivos determinantes para autorizar los negocios jurídicos era que en los dos lotes se construirían las casas modelo de la urbanización, como incentivo para agilizar las ventas, la compradora incumplió *«esta determinación, violando así una de las causas del contrato»*.

1.3.4. Además, en las escrituras públicas no se estableció que el propósito de dichas ventas fuera cancelar obligaciones pendientes de Musinga S.A. con Cano Outsourcing Ltda.

1.3.5. A la fecha de la negociación los predios ostentaban un precio muy superior, en dos o tres veces, al señalado en dichos convenios.

1.3.6. Por último, la reclamante adujo que su representante legal no cumplió con la directriz de la asamblea consistente en entregar en pago las heredades.

2.- Una vez vinculada al pleito, la enjuiciada se opuso a todas las pretensiones de la siguiente manera:

2.1. Propuso la excepción meritoria de *«ausencia de los elementos estructurales para la declaratoria de resolución de contrato o simulación deprecadas»* (folios 70 a 78, *ibídem*).

2.2. También radicó libelo de reconvencción pidiendo que, en el evento de que se accediera a las pretensiones de su contendora, «*declare que entre las partes existió un acuerdo de dación en pago pues de esta manera lo confiesa el propio demandante inicial*»; y que no se configuró la lesión enorme pedida (folios 18 a 23, cuaderno 3).

2.3. Fincó éstas súplicas en:

2.3.1. Cano Outsourcing Ltda. asumió la gerencia de Musinga en un proyecto urbanístico con una licencia para desarrollar 18 lotes, rediseñado con la contratación de nuevos estudios, con base en los cuales se obtuvo una nueva licencia de urbanismo y posteriormente otra licencia para construir el salón comunal, la aprobación del reglamento de propiedad comunal y la autorización de ventas, hecho lo cual se procedió a la contratación de la firma constructora.

2.3.2. Agregó que como pago por estas labores, se pactó que recibiría el 8% del área disponible para la venta, lo que generó la aprobación y autorización de la junta de socios de Musinga para entregarle los lotes 67 y 69, por la gestión que en un 30% había realizado hasta ese momento, de lo cual da cuenta el acta número 20 del 28 de noviembre de 2005 de la junta de socios de la primigenia demandante, que consagra el «*pago a contratistas*» mediante la aprobación por concepto de honorarios de la entrega de los aludidos lotes.

2.3.3. Finalizó indicando que, con base en esa autorización, el representante legal de Musinga celebró las compraventas contenidas en las escrituras públicas 458 y 459 del 8 de junio de 2006 otorgadas en la Notaría Única de Guatavita.

3.- Como excepción perentoria frente a la contrademanda, Musinga propuso la de «*inexigibilidad de las pretensiones*» (folios 24 a 26, cuaderno 3).

4.- El Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, con proveído de 27 de julio de 2010, declaró fundada la excepción de mérito planteada por la inicial convocada frente a las pretensiones principales de Musinga S.A., las que por ende negó; igualmente reconoció la defensa denominada *inexigibilidad de las súplicas* propuesta por la encartada en reconvención, desestimando ésta demanda; accedió a la lesión enorme deprecada subsidiariamente en el primigenio libelo y, en consecuencia, decretó la rescisión de las ventas impugnadas y la inscripción de la sentencia.

A título de prestaciones mutuas derivadas de la disolución de los pactos, el juez *a-quo* dispuso que Musinga, en el término de 20 días, restituyera a Cano Outsourcing Ltda. \$35'684.884 y \$48'780.884 como precios recibidos por los lotes 67 y 69, en su orden, ambas sumas con intereses legales; mientras que a ésta entidad le ordenó que, en el mismo lapso, devolviera esos inmuebles.

Finalmente, concedió a la compradora 10 días para que, si deseaba persistir en las ventas, completara el justo precio con la reducción de una décima parte, en los términos del artículo 1947 del Código Civil (folios 238 a 248, cuaderno 1).

5.- Ambas partes apelaron: la convocante solicitó «*la revocatoria de la sentencia en cuanto hace referencia a la negativa de los pedimentos principales de la sentencia*»; al paso que su contendora incoó la desestimación de la lesión enorme que halló próspera el juzgador *a-quo* para que, en su lugar, fueran negadas todas las peticiones de su contraparte y se acogiera el libelo de reconvención.

Al resolver tales alzadas el superior revocó en su totalidad la decisión apelada y en su lugar negó todas las pretensiones de Musinga (folios 25 a 44, cuaderno 8).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juzgador *ad quem*, luego de resaltar que los dos extremos litigiosos censuraron la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, por no guardar correspondencia con lo acreditado en el proceso, se aprestó a determinar la verdadera voluntad de tales empresas, advirtiendo que para este efecto son insuficientes las manifestaciones plasmadas en los contratos cuestionados.

Seguidamente aseveró que de las demandas, sus contestaciones, alegatos y recursos, se concluye que lo deseado por los contratantes fue llevar a cabo una dación en

pago, no una compraventa. De allí que el acta número 20 de la junta de socios de Musinga, celebrada el 28 de noviembre de 2005, diga que el gerente solicitó considerar la posibilidad de pagar parcialmente el trabajo realizado por Cano Outsourcing mediante la entrega de los lotes 67 y 69; afirmación que denota cómo la accionante, desde un principio, pretendió cubrir unas obligaciones pendientes con la contratista, mas no venderle los predios.

Así mismo, continuó el Tribunal, el examen del acta referida resalta la aprobación unánime de la solicitud tendiente a adjudicarle a Cano Outsourcing los lotes como parte de pago de una deuda, pues autorizaron *«suscribir las correspondientes escrituras de venta»*; además, tal aparte pone al descubierto *«la imprecisión de que adolece la parte demandante al no establecer una debida distinción entre los negocios jurídicos de dación en pago y compraventa, pues a pesar de autorizar con firmeza la entrega a título de dación en pago, los socios ordenan, en lo que puede interpretarse como una falta de conocimiento, ‘la suscripción de las correspondientes escrituras de venta’»*.

Esta conclusión la corrobora la declaración del representante legal de la vendedora, porque manifestó que claramente la asamblea había aprobado que se le pagara a Cano Outsourcing con los lotes 67 y 69, una vez se estableciera qué tanto de sus obligaciones había cumplido.

En consecuencia, coligió el juez colegiado, los contratos de compraventa cuestionados fueron simulados, dado que el

negocio jurídico celebrado por las partes fue una dación en pago.

Así las cosas, está llamada al fracaso la pretensión de la demanda inicial dirigida a que se declare el incumplimiento de los contratos de compraventa por mora en el pago del precio, por cuanto este elemento es ajeno a la dación en pago, ya que en este tipo contractual el acreedor no asume tal obligación.

Igual sucede con la súplica subsidiaria, porque el Tribunal resaltó, apoyado en jurisprudencia de esta Corporación, el carácter taxativo de la sanción de lesión enorme y la imposibilidad de aplicarla a una dación en pago.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos reproches fueron planteados en el escrito de sustentación, erigidos en la causal primera (folios 11 a 37, cuaderno 9), los cuales se analizarán conjuntamente.

CARGO PRIMERO

1.- Acusa la sentencia de última instancia de conculcar indirectamente los artículos 1494, 1495, 1498, 1502, 1517, 1546, 1626, 1627, 1766, 1849, 1857, 1864 y 1928 a 1930 del Código Civil, así como los preceptos 306 inciso 1°, 175, 177, 187, 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de error de hecho en la valoración de varias

pruebas y la interpretación de la demanda, al desestimar sus pretensiones principales.

2.- El casacionista, luego de transcribir los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal y las peticiones primordiales del libelo inicial, desarrollo el reproche expresando:

2.1. El sentenciador erró al interpretar la demanda, porque en ésta se alegó que las ventas impugnadas fueron reales, que la compradora no pagó el precio pactado tal cual lo refleja su contabilidad y la de la enajenante, configurándose el incumplimiento de esos pactos que posibilita su resolución; sin que ello implicara desconocer el acta de la junta de socios de Musinga S.A., en la cual se plasmó la intención de entregar los lotes 67 y 69 a la demandada como dación en pago, acuerdo éste que a la postre no se perfeccionó.

2.2. Igualmente incurrió en un ostensible yerro fáctico el juez *ad-quem* al concluir que las compraventas fueron simuladas y, subsecuentemente, que las partes querían celebrar daciones en pago, porque si bien los socios de Musinga contemplaron la posibilidad de dar en pago los lotes a favor de Cano Outsourcing -como se advierte en el acta número 20 indebidamente apreciada por el fallador- finalmente ese acto no se materializó. Lo que hicieron los representantes legales de las dos empresas, que eran la misma persona, fue celebrar dos compraventas. Por tanto, las manifestaciones de los negociantes deben considerarse

reales, pues no se demostró el concierto simulador, lo que deja ver que el Tribunal supuso la prueba de este.

2.3. Además, el tenor de los pactos no refleja la voluntad de pagar créditos a favor de Cano Outsourcing, sino de venderle dos lotes de terreno; mientras que el acta de la junta de socios de la accionante tampoco evidencia los elementos esenciales de la dación en pago, esto es, el monto de la deuda, el valor que se cancela y los bienes o cosas que las solucionan.

2.4. Esto último fue, precisamente, lo aceptado por el representante legal de Musinga en el interrogatorio que absolvió -tergiversado y cercenado por el Tribunal- porque al responder cómo cancelaron los honorarios y prestaciones a Cano Outsourcing, afirmó que no ha pagado pues se cubrirían con metros cuadrados de terreno, previa liquidación del contrato, aclarando que la asamblea de socios aprobó la entrega de los lotes, lo que se ejecutaría una vez estableciera qué tanto de sus obligaciones cumplió la contratista.

2.5. A pesar de que en las escrituras se asentó que el precio estipulado fue recibido en efectivo por la vendedora, desconocer ese aserto en la demanda aduciendo su falta de pago es una negación indefinida, exenta de demostración, por mandato del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que trasladó la carga probatoria a su contendora, quien no la satisfizo.

Y como la misma persona natural fungió de representante legal de ambas sociedades en los contratos impugnados, su afirmación *«de haber recibido el precio de manos de la demandada debe ser considerado como un indicio en contra suya de haber recibido la sociedad vendedora demandante el valor de los lotes»*.

2.6. En consecuencia, al tener como irreales las compraventas, el fallador incurrió en los errores anotados, relacionados con la falta de pago del precio de los inmuebles.

SEGUNDO CARGO

1.- Censura el fallo de segundo grado por conculcar indirectamente los artículos 1494, 1495, 1498, 1502, 1517, 1626, 1627, 1766, 1849, 1857, 1864, 1928 a 1929 y 1946 a 1948 del Código Civil, así como los cánones 306 inciso 1°, 175, 177, 187, 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de error de hecho en la valoración de varias pruebas y la interpretación de la demanda, al negar las súplicas subsidiarias.

2.- La recurrente recordó los razonamientos del Tribunal, las peticiones subsidiarias de su libelo y seguidamente afirmó que:

2.1. El juez colegiado erró al interpretar tales ruegos, porque como fundamento de estos se explicó que las compraventas impugnadas tuvieron precios inferiores al 50% del verdadero valor de los predios enajenados, lo que hacía

viable la lesión enorme solicitada; sin que se deprecara esta declaración en relación con contratos de dación en pago, como lo analizó el fallador.

2.2. A continuación reiteró los demás argumentos que planteó en su primer embate y señaló que el dictamen pericial practicado en autos dejó ver que el valor comercial del lote 67 era \$102'804.000 y el de lote 69 \$140'532.000, para la época de los pactos criticados, montos que cotejados con los que figuran en los negocios jurídicos, arrojan que estos se hicieron por valores inferiores a la mitad de su justo precio.

CONSIDERACIONES

1.- Cuestión de primer orden es precisar que a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1° de enero de 2016, al *sub lite* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5° de su artículo 625, que los recursos ya interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Y como el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga rigiéndolo, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2.- La vía indirecta invocada por la recurrente en la modalidad de error de hecho en la valoración probatoria o la

interpretación de lo pedido, sucede ostensiblemente cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de las pruebas o el escrito genitor del litigio, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma en que se desató el debate, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, lo que aparece palmario o demostrado con contundencia.

Sobre el punto indicó la Sala:

[E]l error de hecho, que como motivo de casación prevé el inciso segundo, numeral primero, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error ‘atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho’ (G. J., T. LXXVIII, página 313) (...) Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada, de tal suerte que, de no haberse incurrido en esa sinrazón, otra hubiera sido la resolución adoptada (...) Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, ‘cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio’ del juez ‘está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio’, lo que ocurre en aquellos casos en que él ‘está convicto de contraevidencia’ (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es ‘de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso’ (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que ‘se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía’ (G. J., T. CCXXXI, página 644). (CSJ SC 21 feb. 2012, rad. n° 2004-00649, reiterada en SC de 24 jul. 2012, rad. n° 2005-00595-01).

3.- Con base en tales premisas la Sala concluye que los cargos serán desestimados, tras su estudio conjunto porque en su mayoría se fundan en las mismas alegaciones y por ende merecen idénticas consideraciones, como pasa a verse:

3.1. El Tribunal no erró al interpretar el pliego iniciador del pleito, pues estableció que lo pedido fue, principalmente, la resolución de los contratos de compraventa y, en subsidio, la rescisión por lesión enorme.

En efecto, ese fallador consideró, expresamente, que *«(l)as pretensiones principales de la demanda están dirigidas a que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad demandada, por encontrarse en mora del pago del precio del contrato, y que en consecuencia, se declare la resolución de los convenios»* (folio 39, cuaderno 8).

Y respecto de la otra petición contenida en ese libelo, esa misma Corporación adujo que *«(a)hora bien, con relación a las pretensiones subsidiarias de la demanda, encaminadas a la declaración de existencia de lesión enorme en los contratos celebrados con su consecuente rescisión, la Sala advierte que tampoco están llamadas a prosperar, por las razones que se exponen a continuación...»* (Folio 41, *ídem*).

De allí se desprende, sin asomo de duda, que no se configuró la errada asunción de lo pedido en el libelo porque el fallador concuerda con lo aducido por la recurrente, esto es, que lo solicitado era la resolución de los pactos por

incumplimiento en el pago del precio y, de no prosperar ésta súplica, la rescisión por lesión enorme.

Ahora, en relación con los hechos que erigieron esas peticiones, necesario es mencionar que inicialmente la demanda primigenia se refirió a que *«(e)n Asamblea extraordinaria de socios levantada en el Acta n° 20 del 28 de noviembre de 2005, (...) la sociedad MUSINGA LTDA. (...) en el punto 5 denominado ‘Pago a contratistas’ autorizó a su representante legal a entregar en pago a favor de la sociedad CANO OUTSOURCING LTDA. por concepto de honorarios **por la gestión adelantada hasta la fecha** los lotes 67 y 68 de la primera etapa (...)»* (Hecho 3°, folio 28, cuaderno 1. Resaltó la Sala).

Seguidamente indicó *«(p)or tanto, se tiene que los contratos de compraventa celebrados sobre esos bienes fue una simulación, pues el elemento esencial del contrato de compraventa correspondiente al pago de la cosa no se presento (sic) y si no hubo pago de la cosa vendida opera la Condición Resolutoria tácita por incumplimiento del comprador»* (hecho 4°, folio 29).

Ante la confusión que evidenciaba el libelo, por solicitar la resolución de las compraventas por incumplimiento en el pago del precio, fundada en que esos contratos eran simulados y rematar afirmando que carecían de un elemento esencial, el juez *a-quo* lo inadmitió para que fuera aclarado.

Acatando dicha orden, la demandante replanteó el hecho 4° de su libelo señalando que al tenor de la contabilidad de ambas sociedades, «*el elemento esencial del contrato de compraventa correspondiente al pago de la cosa no se presentó y si no hubo pago de la cosa vendida opera la Condición Resolutoria Tácita*» (sic, folio 37).

Del aludido relato se desprende que se mantuvo incólume el hecho 3° de la primigenia demanda, en el cual la promotora indicó que sus socios autorizaron la entrega de los lotes 67 y 69 a Cano Outsourcing Ltda., como pago de los honorarios por la gestión que había adelantado hasta esa fecha.

Sin embargo, en el hecho siguiente, teniendo en cuenta la subsanación del pliego genitor del pleito, se afirmó que la contratista no pagó el precio pactado en las compraventas impugnadas.

Así las cosas, el escrito iniciador de la contienda evidenció contradicción -no obstante su intento de subsanación-, por lo que no se muestra errada la conclusión del Tribunal según la cual existió reconocimiento de la accionante en la intención de entregar en dación en pago los inmuebles, por ser una de las posibles conclusiones a que llevaba el relato de la promotora.

Efectivamente, nótese como, al tenor del hecho 3° de esa demanda, la intención de la contratante fue entregar los predios en dación en pago a la contratista por la gestión que

había adelantado hasta esa fecha; mientras que en el hecho siguiente se anotó que ésta última no pagó el precio pactado, lo que sirve de apoyo para pedir su resolución.

Recuérdese que es deber del recurrente en casación demostrar que los yerros endilgados al operador de justicia no sólo existieron sino que son tan graves que a simple vista se revelan, es decir, que no cabía la más mínima posibilidad de que el juzgador hubiese andado por la senda que escogió.

Lo anterior porque la sentencia cuestionada en casación llega amparada por la presunción de acierto y legalidad, por lo que no basta con ensayar una nueva valoración probatoria para derruirla. Sobre esto la Corte ha reiterado que:

(...) aunque el análisis fáctico y jurídico que efectuó el juzgador ad quem pudiera ser discutible, y al margen de si la Corte lo prohija o no, lo cierto es que tal proceder hermenéutico llega al escenario de la casación acompañado de una presunción de legalidad y acierto, la cual debe ser desvirtuada por el recurrente, dentro de los parámetros de la específica causal primera que invoca, en la modalidad de error de hecho (vía indirecta), mediante la singularización y demostración de evidentes y trascendentes errores en la contemplación objetiva del material probatorio, situación que no se dio en este caso, pues el censor tan solo expuso su particular visión del asunto, insuficiente de suyo para quebrar el fallo del Tribunal. En relación con asuntos de este temperamento, la Sala, de manera reiterativa, ha señalado que ‘sólo cuando la tesis que expone la censura es la única admisible es procedente abrirle paso al recurso’ (Cas. Civ., sentencia del 31 de enero de 2005, Exp. 7872), en el entendido de que ‘allí donde se (...) enseñoree la dubitación, no puede salir airoso el recurso extraordinario de casación, cuya procedencia privativamente finca en la certeza, en sí misma ajena a la hesitación’ (Cas. Civ., sentencia del 31 de marzo de 2003, Exp. 7141). En otras palabras, un fallo judicial ‘no se puede socavar mediante una argumentación que se limite a esbozar un nuevo parecer, por ponderado o refinado que sea, toda vez que, in abstracto, tanto respeto le merece a la Sala el criterio que en esos términos exponga la censura, como el que explicitó el fallador para soportar su decisión judicial’ (Cas.

Civ., sentencia del 5 de febrero de 2001, Exp. 5811). (CSJ SC 19 dic. 2012, rad. 2006-00164-01).

Por lo dicho, la falencia endilgada al operador de justicia no se configuró porque, habida cuenta de la confusión que presentó la demanda génesis del litigio, la conclusión que extractó el operador judicial ni siquiera merece reparo, al tratarse de una de las posibles interpretaciones que podían extraerse de dicho escrito.

3.2. Tampoco hubo suposición de la prueba del concierto simulador, como lo plantea Musinga S.A., porque el Tribunal la extractó, en primer lugar, del acta de su junta de socios llevada a cabo el 28 de noviembre de 2005, que no fue indebidamente apreciada como lo aducen los cargos.

En efecto, ese despacho judicial expuso que *«(e)studiando el material probatorio recaudado en el expediente y auscultando la causal de los contratos materia de debate, se resalta que la parte actora aportó el acta N° 20, contentiva de la Asamblea Extraordinaria de Socios de 28 de noviembre de 2005, de la sociedad demandante MUSIGNA S.A.»* (Folios 36 a 37, cuaderno 8).

Seguidamente transcribió su contenido y concluyó que *«(d)e lo anterior, la Sala colige que lo pretendido desde un principio por la sociedad demandante es realizar el pago de unas obligaciones pendientes con la demandada, en ningún momento vender los inmuebles señalados. (...) Con este documento se desvela con claridad la voluntad contractual de*

la parte demandante, en tanto demuestra indubitadamente que los socios de ‘MUSINGA S.A.’ acordaron de forma unánime, la entrega de los inmuebles a favor de la demandada como parte de pago de las obligaciones con ella adquiridas. La Sala destaca además que ya en dicho documento comienza a notarse la imprecisión de que adolece la parte demandante al no establecer una debida distinción entre los negocios jurídicos de dación en pago y compraventa, pues a pesar de autorizar con firmeza la entrega a título de dación en pago, los socios ordenan, en lo que puede interpretarse como una falta de conocimiento, la suscripción de las ‘correspondientes escrituras de venta’. (Folios 37 y 38, cuaderno del Tribunal).

En segundo lugar, el concierto simulador también fue extractado de las manifestaciones de las partes expuestas a lo largo del juicio, al señalar el juez *ad-quem* que «... basta una simple lectura de los escritos de la demanda, contestación, alegatos y recursos, para concluir que lo realmente pretendido por las partes era llevar a cabo una dación en pago, y no una compraventa tal como quedó plasmado en las escrituras públicas suscritas por las partes.» (Folio 36, cuaderno 8). Y que «... todo lo anterior debe entenderse en consonancia por las alegaciones realizadas en el curso de todas las etapas procesales por las partes en litigio, quienes en todo momento y sin que exista espacio para otra interpretación, sostienen que el negocio jurídico que en realidad pretendía celebrarse era una dación en pago, respecto de unas obligaciones a cargo de ‘MUSINGA S.A.’ y a favor de ‘CANO OUTSOURCING LTDA.’» (Folio 38).

Así las cosas, no ocurrió la suposición probatoria expuesta en los cargos, porque el Tribunal extrajo el concierto simulatorio de una prueba documental y de las manifestaciones de los contendores -valoración ésta última que no fue censurada en este mecanismo extraordinario de defensa-.

De allí que esa Corporación judicial coligiera que era de recibo la simulación alegada por la convocada, en aras de desestimar las pretensiones de la inicial demandante.

Y si bien esa Colegiatura no declaró tal simulación adoptando las proclamaciones de rigor, este olvido no desvanece sus conclusiones porque esa omisión no fue materia de censura en casación por Cano Outsourcing Ltda., a quien interesaba alegarla, mas no a la recurrente en casación.

3.3. De otro lado, cierto es que en el acta de la junta de socios de Musinga S.A., de 28 de noviembre de 2005, no quedó plasmado el valor de la acreencia a favor de Cano Outsourcing Ltda.; igualmente lo es que en las enajenaciones impugnadas tampoco se anotó la cuantía de las deudas, mientras que sí están consagrados los elementos esenciales de los contratos de compraventa.

Sin embargo, dichas circunstancias no evidencian un yerro de juzgamiento del funcionario de segunda instancia, porque como de antaño lo ha precisado la Corte, toda

simulación envuelve la idea de ocultamiento frente a terceros. Es decir, implica el distanciamiento de lo declarado por los contratantes y de la realidad que envuelve tal manifestación de voluntad (verdad íntima) y que ella es el resultado del acuerdo de voluntades.

Ciertamente, sobre tal temática la Sala ha establecido, aludiendo a la prueba de la simulación, que:

El saludable principio de la libertad probatoria en lo tocante con la simulación tiene su razón de ser y justificación en que generalmente los simulantes asumen una conducta sigilosa en su celebración, puesto que toman previsiones para no dejar huella de su fingimiento y, por el contrario, en el recorrido de tal propósito, procuran revestirlo de ciertos hechos que exteriorizan una aparente realidad. Porque como en la concertación de un acto simulado generalmente las partes persiguen soslayar la ley o los derechos de terceros, los simulantes preparan el terreno y conciben urdirlo dentro del marco de la más severa cautela, sin dejar trazas de su insinceridad. De suerte que enseña, para tal efecto, la astucia, el ardid, la conducta mañosa y soterrada. "4. Es entonces explicable que desde antaño, la doctrina haya expresado que 'el que celebra un acto simulado rehuye el rastro que lo denuncie; extrema la apariencia engañosa, elude la prueba que lo descubra y lo rodea con todas las precauciones que su cautela y cálculo le sugieran'. (CSJ SC de 14 jul. 1975.)

Por ende, que no se plasmara el valor de la deuda existente entre las partes en la prueba documental referida, mientras que en los contratos de compraventa sí se dejó constancia de los elementos esenciales de éste negocio, son aspectos que no evidencian error alguno en la determinación cuestionada en casación, menos uno con la entidad de protuberante, porque es natural que las partes oculten el verdadero contrato que los motiva y plasmen, en los documentos públicos, las características del que sí quieren divulgar.

3.4. La Corte colige, como lo argumenta el cargo, que fue tergiversada y cercenada la declaración que dio el nuevo representante legal de la promotora, al absolver interrogatorio de parte, pues el fallador de última instancia asumió que tal extremo procesal aceptó en tal diligencia que la intención de Musinga S.A. fue entregar los lotes de terreno como dación en pago a la demandada.

Efectivamente, el fallo cuestionado indica, como conclusión del juzgador corroborante de la simulación que estableció, que *«(l)a voluntad contractual de la parte actora se ve reforzada aun (sic) más con las declaraciones rendidas por su representante legal en el interrogatorio de parte practicado dentro del presente proceso (...), en el cual ésta persona manifiesta que «... es claro que la asamblea aprobó que se le pagara a la sociedad CANO OUTSOURCING con los lotes 67 y 69, pero como era apenas natural una vez se procediera a establecer qué tanto de sus obligaciones y qué porcentaje de ellas había cumplido» (folio 38, cuaderno del Tribunal).*

Sin embargo, tal exposición estuvo acompañada de una previa afirmación del absolvente, a cuyo tenor no se han pagado los honorarios a la firma Cano Outsourcing, lo que se realizará una vez liquidado el contrato ajustado entre las partes, estableciendo el porcentaje en que cumplió los compromisos adquiridos con aquella.

En tal orden de ideas, se concluye que el *juez ad-quem* no tuvo en cuenta la totalidad de lo expresado por la reclamante y, por ende, tergiversó y cercenó su exposición.

Sin embargo, ese yerro no reviste la trascendencia necesaria para casar la sentencia auscultada, comoquiera que, a lo sumo, evidenciaría que una de las pruebas en que se apoyó el juez *ad-quem* realmente no mostraba lo extraído por el operador judicial, pero en relación con los demás medios de convicción la sentencia se mantendría incólume.

Efectivamente, esa providencia está soportada en otros elementos persuasivos, como son el acta de la junta de socios de Musinga S.A. de 28 de noviembre de 2005 y las manifestaciones de las partes contenidas en sus escritos de demanda, contestaciones, «*alegatos y recursos*». La valoración probatoria de la primera probanza no muestra reparo como ya se anotó en esta providencia, mientras que la estimación de las segundas -se itera- no fue censurada en casación.

3.5. Tampoco ocurrió la preterición de un medio de convicción, que es lo alegado por la casacionista al señalar que el representante legal de las dos sociedades involucradas en los contratos impugnados fue la misma persona natural y que, por ende, debe tenerse como un indicio grave en contra de la enjuiciada, la manifestación contenida en las escrituras públicas relativa a que la empresa vendedora recibió en dinero en efectivo el valor de los lotes enajenados.

Es que, al margen de lo lacónico de ese argumento, el ordenamiento jurídico no contempla como indicio grave la manifestación de una de las partes plasmada en un contrato, acerca de que recibió el precio convenido, aun cuando su representante sea el mismo del otro extremo negocial.

Tampoco lo es, en contra de uno de los contratantes, que una persona figure como representante de las dos sociedades que celebraron un acuerdo de voluntades, estando de por medio intereses contrapuestos.

La sanción prevista para el autocontrato, autoacto o contrato consigo, como ha sido denominado por la doctrina el aludido proceder, siempre y cuando se reúnan otras exigencias de índole legal, es la nulidad relativa del contrato como en oportunidad reciente lo recordó la Corte (CSJ SC451 de 26 ene. 2017, rad. n° 2011-00605).

3.6. Así mismo, la falta de prueba de pago del precio pactado en las compraventas no es aspecto que denote falencia de la sentencia refutada -menos que configure la violación de la ley sustancial por vía indirecta en razón de un error de hecho-, porque si en tal proveído se llegó a la conclusión de que los contratos confutados correspondían a daciones en pago, esa pesquisa resultaba innecesaria, precisamente porque la doctrina de la Sala ha explicado que se trata de un negocio jurídico unilateral.

Ciertamente, refiriéndose a las diferencias entre la dación en pago y la compraventa, la Corte señaló:

Sea lo primero destacar, que es incontestable que en la datio in solutum el acreedor no tiene la voluntad de comprar, ni el deudor la de vender (animus negocial); aquél, tan sólo quiere que le paguen y este, correlativamente, quiere pagar. El único tropiezo es que el deudor no puede dar, ni hacer, ni dejar de hacer lo que debe, por lo que espera que su acreedor, soberanamente, asienta en “recibir otra cosa que lo que se le deba” (art. 1627 C.C.). De aceptarlo, habrá dación en pago, pero no compraventa, al punto que el acreedor no contrae obligaciones, como si lo hace el deudor.

Que la dación en pago es negocio jurídico unilateral, lo confirma, de cara a la compraventa, que el acreedor que consiente en aquella no contrae la obligación de pagar precio alguno: apenas conviene en que se de una cosa diferente por la debida (*rem pro re* o *rem pro pecunia*), o que en lugar de ella se haga (*factum pro re*), o se deje de hacer (*non facere pro re*); o que a cambio de hacer, se de (*rem pro facto* o *pecunia pro facto*), o se ejecute un hecho distinto (*factum pro facto*), o se deje de hacer (*non facere pro facto*); o que por no hacer, se de dinero u otra cosa, o se haga o se modifique el deber de abstención, entre muchas otras opciones. Por el contrario, el deudor sí se obliga para con su acreedor a dar, hacer o no hacer, según se hubiere acordado, para de esa manera extinguir su primigenio deber de prestación, todo lo cual corrobora que la dación en pago, en sí misma, es un prototípico negocio jurídico extintivo (art. 878 C. de Co.). Al fin y al cabo, esa es su razón de ser, ese su cometido basilar. (CSJ SC de 6 jul. 2007, rad. n° 1998-00058, resaltado ajeno al texto).

En otro términos, auscultar si la demandada pagó el precio pactado en las compraventas censuradas era inútil para el Tribunal, porque había concluido que esos negocios realmente correspondían a dos acuerdos de dación en pago, en los que no es menester, para el acreedor que recibe la prestación debida, sufragar prestación alguna, porque este sólo recibe el bien para solventar su acreencia.

3.7. Finalmente, en relación con la omisión endilgada al Tribunal por preterir la apreciación del dictamen pericial practicado, que daba cuenta de la lesión enorme deprecada

en las pretensiones subsidiarias, la Corte extrae que tal crítica debe ser desestimada por desleal con la administración de justicia y con su contendora, conclusión que, adicionalmente, se hace extensiva a toda la argumentación plasmada en el segundo cargo.

Ciertamente, recuerda la Sala que el Juzgador de primera instancia acogió las súplicas subsidiarias del libelo inicial y declaró la lesión enorme allí pedida, ante lo cual la empresa convocante se alzó, solicitando al fallador de segundo grado desestimara dicha decisión y, en su lugar, accediera a la pretensión principal.

En efecto, en esa impugnación la convocante solicitó «*se decrete la resolución de los contratos de compraventa*» (folio 4, cuaderno del Tribunal); expuso las razones de su censura según las cuales el precio plasmado en las compraventas era inexistente; e insistió en «*la revocatoria de la sentencia en cuanto hace referencia a la negativa de los pedimentos principales de la sentencia y en consecuencia declarar sin valor ni efecto las escrituras públicas que contienen los contratos de compraventa por faltarles uno de los requisitos esenciales*», tal cual lo venía solicitando -confusamente como ya se anotó- desde el pórtico del pleito.

Así las cosas, no es de recibo la postura que ahora adopta la recurrente, toda vez que al observar que fue revocada la lesión enorme declarada por el *a-quo*, tal cual lo pidió en segunda instancia, ahora aspira a que en sede extraordinaria vuelva a ser estimada.

Esa mutación, en desmedro del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con su contendora debe ser repelida en este escenario extraordinario, por tratarse de un alegato sorpresivo que la doctrina denomina «*medio nuevo*», esto es, aquel que uno de los litigantes guarda para erigirlo cuando han fenecido las oportunidades de contradicción previstas en el ordenamiento jurídico o, como sucede en el *sub lite*, para revivirlo a pesar de que lo abandonó expresamente.

En otros términos, el segundo reproche del libelo de casación que tiende a que se acceda a la lesión enorme con base en la preterición del avalúo evacuado para acreditarla, se formulan con ocasión del recurso extraordinario no obstante que ante el juzgador *ad-quem* se pidió su desestimación, de donde se colige que se trata de alegato novedoso, inadmisibile a través del presente mecanismo de defensa por vulnerar el debido proceso, como quiera que sorprende a los demás intervinientes al tratarse de un planteamiento expresamente desechado por su promotor, circunstancia que desemboca en la imposibilidad de analizarlo.

Esto porque, como lo ha puntualizado la Corporación, avalar en el curso del juicio un alegato o una prueba, expresa o tácitamente, y criticarla sorpresivamente en este escenario extraordinario, denota incoherencia en quien así procede, actuar que por desleal no es admisible comoquiera que habilitaría la conculcación del derecho al debido proceso de

su contendor, habida cuenta que vería cercenadas las oportunidades de defensa reguladas en las instancias del proceso, característica que no tiene el recurso de casación.

Esa falencia basta para la desestimación del reclamo, pues la Corte tiene adoctrinado, de antaño, que:

Ahora, por cuanto el censor, adelantándose a que la Corporación diera por estructurado tal fenómeno, adujo no estar incurriendo en el antitecnicismo de plantear medios nuevos tanto por los motivos discernidos en la acusación como porque las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, ha de señalar la Corte que si bien es cierto, en relación con el sistema ecléctico que en este punto impera en el ordenamiento positivo, los fundamentos puramente jurídicos y los medios de orden público en puridad de verdad no constituyen hechos nuevos en el recurso extraordinario, no lo es menos que las razones en que se afincan los yerros achacados al sentenciador no atañen, con estrictez, a esos conceptos, pues en este sentido la jurisprudencia ha sostenido que el cargo planteado con base en defectos rituales que se le imputan a la prueba, que antes no fueron discutidos, ‘implica un medio nuevo, que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario’ (G.J. t. XCV, pag.497), posición que ha sido reiterada, entre otras, en sentencias de 16 de agosto de 1973(G.J. t. CXLVII, pag.26), 23 de enero de 1981 y número 082 de 21 de septiembre de 1998 atrás citadas. (CSJ SC de 27 sep. 2004 rad. n.º 7479, reiterada en SC de 23 jun. 2011, rad. n.º 2003-00388-01 y SC7978 de 23 jun. 2015, rad. n.º 2008-00156-01).

3.8. Total, los errores de hecho endilgados al juzgador de última instancia no ocurrieron -salvo el de tergiversar la declaración de la demandante plasmada en el interrogatorio de parte que rindió pero que tampoco fue trascendente-, lo cual desemboca en la desestimación de los cargos de la demanda de casación.

4. De lo analizado emerge la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final, artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, y al señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 392 *ibídem*, modificado por el 19 de la Ley 1395 de 2010, para lo cual se tendrá en cuenta que la convocada replicó la demanda de casación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 14 de octubre de 2011, por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Musinga S.A. promovió frente a Cano Outsourcing Ltda.

Se condena en costas a la recurrente en casación. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de \$6.000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

Notifíquese,

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de la Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA