



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC3347-2020

Radicación n° 11001-31-03-044-2010-00478-01

(Aprobado en sesión virtual de nueve de julio de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante frente a la sentencia proferida el 11 de agosto de 2014, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Pijao Grupo de Empresas Constructoras SA «Pijao SA» promovió contra A. y L. Construcciones y Comunicaciones Ltda. «Alccom Ltda.» y Arturo Hernando Alba Correa.

ANTECEDENTES

1. La accionante solicitó declarar que Alccom incumplió el contrato de obra OTM-1094, que junto a Arturo Hernando Alba Correa quebrantaron los acuerdos de obra OTM-774 y OTM-776; en consecuencia, ambos deben ser condenados al

pago de los perjuicios causados equivalentes a \$58'077.825 y \$465'000.000 por concepto de daño emergente derivado, en su orden, del primer convenio y de los restantes, más los intereses comerciales moratorios liquidados del 31 de mayo y del 30 de julio de 2010, respectivamente, así como la sanción pactada de 2 salarios mínimos diarios legales vigentes por cada día de retraso en la entrega de las obras.

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

2.1. Adujo la reclamante que celebró con los enjuiciados los contratos OTM-774, OTM-776 y OTM-1094, que tuvieron por objeto el adelantamiento de obras civiles faltantes en las casas 18, 39, 44 a 48, 9 apartamentos y las zonas comunes del proyecto inmobiliario Monticello que adelantaba Pijao SA en la ciudad de Santiago de Cali, estipulándose como fecha para la entrega de las obras el 31 de agosto de 2010.

2.2. Agregó que, a título de dación en pago anticipada, como contratante transfirió a Arturo Hernando Alba Correa la casa n.º 43 del Condominio Villas del Country Pijao, a través de la escritura pública 1957 de 30 de junio de 2010 de la Notaría 13 de Cali, previa suscripción de promesa de venta que data del 5 de mayo del mismo año, en la que hizo constar que el precio del inmueble sería cancelado con la ejecución de las obras contratadas.

2.3. Así mismo señaló que los demandados incumplieron totalmente porque no entregaron las

construcciones, ni siquiera parcialmente, generándole perjuicios a Pijao SA en cuantía de \$315'000.000 por la transferencia de la casa n.º 43 del Condominio Villas del Country Pijao, \$150'000.000 que tuvo que emplear para ejecutar directamente las obras y \$58'077.825 como valor del contrato OTM-1094.

3. Una vez vinculado al pleito, Arturo Hernando Alba Correa se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones meritorias de «*enriquecimiento sin justa causa*», «*tasación excesiva de perjuicios*», «*incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la demandante*» e «*incumplimiento de las obligaciones contractuales por la sociedad Alcom Ltda.*»

A. y L. Construcciones y Comunicaciones Ltda. guardó silencio.

4. El Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, una vez agotadas las fases del juicio, con sentencia de 29 de noviembre de 2013 declaró infundadas las excepciones, accedió a las pretensiones y condenó a ambos encartados al pago de \$741'454.406 por daños materiales.

5. Al resolver la apelación interpuesta por Arturo Hernando Alba Correa, el superior modificó la decisión para exonerarlo de responsabilidad a él únicamente, levantó las cautelas practicadas sobre sus bienes y condenó en abstracto a la promotora por los perjuicios a él causados; en lo demás confirmó la decisión.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El *ad-quem* inicialmente ubicó la acción dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual; adujo que los contratos de obra invocados fueron acreditados con las copias informales aportadas al plenario, al no ser tachadas; describió las cláusulas de cada uno y señaló que las obligaciones asumidas por Alcom, como contratista, fueron incumplidas, pues no demostró lo contrario, máxime si en contra de ésta sociedad pesa confesión ficta por su inasistencia injustificada al interrogatorio que debió absolver e indicio grave al no contestar la demanda.

2. A continuación agregó que correspondía al Tribunal dilucidar si Arturo Hernando Alba Correa se obligó solidariamente con Alcom a ejecutar las obras incumplidas, para lo cual tendría en cuenta la promesa de venta ajustada por él, como prometiende comprador, con Pijao SA, como prometiende vendedora, que da cuenta de su intención de pagar el valor de la casa n.º 43 del Condominio Villas del Country Pijao con la ejecución de los tres contratos de obra (aun cuando en dicho acto preparatorio sólo se mencionaran dos de ellos); pero no debe olvidarse que en el otrosí de aquel preacuerdo se consagró que él no intervendría directa ni indirectamente en la construcción.

Entonces, el pacto ha tener en cuenta es la dación en pago plasmada en la escritura pública 1957 de 30 de junio de 2010 de la Notaria 13 de Cali, porque en los

interrogatorios de parte absueltos por sus suscriptores aceptaron haber desistido de la promesa y que la sustituyeron con aquel negocio, en el cual Pijao manifestó ser deudora de Arturo Alba con ocasión de los contratos de obra y que pagaría anticipadamente para facilitar la liquidez de su contendor.

Por ende, concluyó el fallo, lo convenido por Arturo Hernando Alba Correa fue una promesa por un tercero, regulada en el artículo 1507 del Código Civil, como quiera que en la escritura pública él señaló que los contratos de obra serían cumplidos por Alccom Ltda., circunstancia que Pijao SA asintió y que conocía de antemano pues así lo revelan los contratos previamente suscritos, como el otrosí de la promesa de venta porque deja ver la intención de las partes -aunque fue dejada sin efectos de mutuo acuerdo-.

Añadió la sentencia que la promesa por un tercero es ratificada con la transacción que el 3 de marzo de 2011 firmaron Alccom y Arturo Alba, tras las diferencias surgidas entre estos respecto de los contratos de obra, al sentar que él quedaría exonerado de responsabilidad ante cualquier reclamación.

Y como la demandante no pretendió la declaratoria de incumplimiento de la promesa de venta ni de la dación en pago, sino de los contratos de obra, irrelevante es que el apelante no hubiera acreditado que facilitó los recursos para que Alccom realizara las construcciones, máxime cuando dicha alegación sólo correspondía a esta empresa por ser la

interesada en recibir los dineros, la que además transigió con Alba Correa.

Por último, el fallo coligió inútil ahondar en la valoración de los testimonios de María Consuelo Santa (sic) Muñoz, Ana Esperanza Santana Muñoz y Luis Felipe Castañeda González, porque sólo dan cuenta de circunstancias accesorias que no inciden en la conclusión del Tribunal, mientras que Ricardo Adolfo Vizcaíno Silva señaló que Pijao SA no hacía seguimiento a los dineros que Arturo Alba entregaba a Alccom, a quienes consideraba socios, lo que no está acreditado en el plenario.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

1. Al amparo de la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, adujo que el fallo atacado vulneró por vía indirecta el artículo 1507 del Código Civil por indebida aplicación, y los cánones 1602 a 1604, 1608, 1610, 1613, 1618, 1622, 1635 del Código Civil, 864 y 871 del Código de Comercio por falta de empleo, debido a errores de hecho manifiestos en la valoración de las pruebas.

2. En desarrollo del reproche, la entidad recurrente anotó que el Tribunal cercenó la escritura pública contentiva de la dación en pago, porque de esta sólo tuvo en cuenta el aparte donde indicó que Alccom realizaría las obras objeto de

los contratos OTM-774, OTM-776 y OTM-1094, para concluir que existió una promesa por un tercero.

Sin embargo, ese acto también dice que la deuda de Pijao nació de los acuerdos de obra, de donde debió extractar que Arturo Hernando Alba Correa era partícipe de estos y que adquirió obligaciones, no sólo derechos, so pena de fomentar un enriquecimiento sin causa a favor de él.

3. De otro lado, la sentencia debió abstenerse de valorar el otrosí de la promesa de compraventa celebrada entre Arturo Hernando Alba Correa y Pijao SA, en la medida en que coligió que el contrato preparatorio en su totalidad había quedado sin efecto por acuerdo de sus suscriptores; y extractar de él no sólo lo que favorecía al demandado, al tenerlo como acreedor del pago derivado de los contratos de obra, sino también lo que le perjudicada como la responsabilidad por su inejecución.

4. Así mismo, erró el *ad-quem* al apreciar la transacción de 3 de marzo de 2011 ajustada entre Alccom y Alba Correa, porque no era oponible a Pijao, ya que esta entidad no la suscribió. De allí que la exoneración de responsabilidad por la falta de realización de las obras no surta efecto en relación con la demandante.

Por otra parte, contrariamente a lo concluido por el juzgador, dicha transacción no reflejaba la ratificación de una promesa por un tercero, en tanto data de una época posterior al plazo convenido para la ejecución de las obras

contratadas: 31 de mayo de 2010 en relación con el contrato OTM1094, 30 de julio de 2010 respecto de los identificados OTM774 y OTM776.

Ahora, que en la transacción se mencionaran los contratos de obra deja ver que Arturo Hernando Alba Correa sí estaba atado a estos, de lo cual era consciente, porque nadie busca transigir un problema ajeno.

5. Adicionalmente, desdice de la tesis de la celebración de una promesa por un tercero que la dación en pago haya sido posterior a los contratos de obra, no obstante que estos eran los que supuestamente daban origen a aquella. Por ende, se trató de la declaración de ejecución de construcciones «*a través de un tercero financiado y/o subcontratado por el beneficiario*» de la dación, quedando al descubierto que Alccom aceptó que Arturo Hernando Alba Correa recibiría el pago del precio estipulado.

Igualmente era inviable extraer la promesa por otro de la escritura pública mencionada, por carecer de plazo o condición que fijara la época para celebrar el contrato prometido, y porque el negocio prometido debió quedar determinado de modo tal que para su perfeccionamiento solo faltara una formalidad.

6. Añadió la recurrente que el funcionario colegiado incurrió en contradicción al aceptar que la dación en pago tenía como propósito saldar anticipadamente los valores de los contratos de obra, para a la postre afirmar que el único

obligado a su ejecución era Alccom; y que fue inconsecuente con la fijación del litigio hecha en la audiencia celebrada conforme al artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en la cual el debate probatorio se restringió a indagar si hubo incumplimiento de los contratos de obra por los demandados, lo que consintieron las partes, de allí que incurrió en violación al debido proceso.

7. Finalmente, la censura argumentó que los yerros de la sentencia son trascendentes en razón a que estableció una promesa por otro conculcando el artículo 1507 del Código Civil, al ser empleado sin que hubiera lugar a ello.

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 1º de enero de 2016, al *sub lite* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5º de su artículo 625, que los recursos 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. El numeral 2º del artículo 344 de esta obra consagraba que el escrito con que se promueve la casación

debe contener *«[l]a formulación, por separado, de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa (...).»*

Es que este recurso, por su particularidad extraordinaria, impone al censor el respeto de unas reglas técnicas orientadas a facilitar la comprensión de los argumentos con que pretende rebatir los sustentos del proveído atacado; por aplicación del principio dispositivo, en cuya virtud esta Corporación no puede subsanar las deficiencias observadas en la demanda de casación.

Así lo tiene advertido la Sala al exigir que *«[s]in distinción de la razón invocada, deben proponerse las censuras mediante un relato hilvanado y claro, de tal manera que de su lectura emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprensible y deriven en deserción, máxime cuando no es labor de la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes al plantearlos»* (CSJ AC, 16 ago. 2012, rad. 2009-00466, reiterado CSJ AC, 12 jul. 2013, rad. 2006-00622-01).

No podría ser de otra forma, pues el recurso se encuentra en manos del censor, quien establece los motivos y las razones que pueden dar lugar a la casación, sin que el órgano de conocimiento pueda sustituir al legitimado para su

interposición, ya que de lo contrario asumiría el rol de un juez de instancia y suplantaría a aquel¹.

Con base en tales premisas, concluye la Sala que el cuestionamiento planteado en la demanda extraordinaria no cumple las exigencias formales imperativas para hallarlo próspero.

2.1. En efecto, la entidad recurrente no señaló la trascendencia de los yerros que le endilga al Tribunal, es decir, cómo, en el evento de hacer a un lado las consideraciones de ese juzgador, la única solución posible para el caso era la pretendida en el libelo iniciador de la contienda.

Lo anterior por cuanto en el *sub lite* la demandante, tras relacionar las falencias que endilga al Tribunal en la estimación probatoria, señaló que, de no haber ocurrido, inviable era colegir que entre Arturo Hernando Alba Correa y Pijao SA se ajustó una promesa por otro regulada en el artículo 1507 del Código Civil.

No obstante, omitió exponer a continuación la forma en la cual el acervo probatorio denota que los convenios correspondían a contratos de obra, en los que fungió ella como contratante y el aludido demandado como contratista, tal cual lo deprecó en su libelo.

¹ Jorge Nieva Fenoll. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*, J.M. Bosh, Barcelona, 1998.

Por el contrario, la argumentación presentada en casación, contrariamente a lo que exige este mecanismo extraordinario de defensa, da lugar a pensar que la promotora carece de certeza en relación con la modalidad contractual que convino con Arturo Hernando Alba Correa, pues afirmó en tal reproche que lo suscrito fue la declaración de ejecución de construcciones «*a través de un tercero financiado y/o subcontratado por el beneficiario*» de la dación, así como que Alccom aceptó que Arturo Hernando Alba Correa recibiera el pago del precio estipulado.

Es decir, el cargo en casación pareciera mencionar que los acuerdos objeto de debate no sólo podrían corresponder a la tipificación hecha en la demanda como de obra, al esbozar que Arturo Alba subcontrató a Alccom (art. 2053 y ss. C.C.); sino que también podrían enmarcarse como de cuentas en participación, pues aseveró que él fue un «tercero» que «financió» las obras contratadas (art. 507 y ss. C. de Co.); incluso, que dicho demandado sólo fue diputado para el pago por Alccom, cuando anota que ésta compañía autorizó que el precio acordado en los convenios fuera recibido por él (art. 1638 C.C.).

En otros términos, el cargo no expuso cómo el juzgador de última instancia debió colegir, indefectiblemente, que lo ajustado entre Pijao y Arturo Hernando Alba Correa correspondió a los contratos de obra descritos en el libelo génesis del pleito. Por el contrario, pareciera referirse a otra tipología contractual como es la de cuentas en participación, incluso también queda la duda si lo pretendido en esta sede

es argüir que hubo diputación para el pago en favor de la aludida persona natural.

Así las cosas, el embate no puede prosperar, en la medida en que la entidad recurrente omitió exponer la trascendencia de las falencias probatorias que le imputa al Tribunal de cara con la pretensión que elevó al iniciar el proceso.

En un caso de contornos similares esta Corporación recordó que:

Al recurrente en casación le incumbe «demostrar el error y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia», según lo establece el literal a) del numeral 1º del artículo 344 del Código General del Proceso. No basta con que se señale la existencia de una equivocación por parte del juzgador «sino que además se hace necesario mostrar su trascendencia, esto es, según también se tiene definido, poner de «(...) presente cómo se proyectó en la decisión». (CSJ. AC. 26 de noviembre de 2014, rad. 2007-00234-01).

Solo el error manifiesto, evidente y trascendente es susceptible de apoyar la causal de casación que por esta vía daría al traste con el pronunciamiento impugnado. Los yerros cuya incidencia determinante no aparezca demostrada, a pesar de su concurrencia, no bastan para infirmar la decisión mediante el recurso extraordinario. (CSJ, SC876 de 2018, rad. nº 2012-00624-01).

2.2. A más de lo anterior, aun cuando el cargo arranca endilgando al Tribunal la equivocada apreciación de medios probatorios documentales -porque supuestamente fueron tergiversados-, alegación que ciertamente comporta una típica denuncia de quebranto de la ley sustancial por error de hecho, seguidamente la recurrente se da a la tarea de

imputar otras falencias al fallo, como el error de derecho consistente en valorar el otrosí de la promesa de venta no obstante que ésta carecía de efectos ya que las partes desistieron del convenio prometido, circunstancia que, al tenor del reclamo, bastaba para desechar la prueba.

Es decir, que el cuestionamiento casacional mezcla errores de hecho con yerros de derecho, mixtura que implica falta de precisión y claridad en el planteamiento del reclamo.

En relación con esta temática y para lo que viene al caso, pertinente es recordar que el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta cometiendo: *i)* errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o; *ii)* de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

La inicial afectación -por faltas fácticas- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión que comete el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, alterando su contenido de forma significativa.

La otra modalidad de yerro, el de derecho, se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba, al desconocerse las reglas sobre su aducción e incorporación, el mérito demostrativo asignado por el

legislador, contradicción de la prueba o valoración del acervo probatorio en conjunto.

Realmente, a pesar de que el embate fue propuesto aduciendo errores de hecho, también critica al juzgador por observar un contrato a pesar de que debía ser desechado probatoriamente ante el desistimiento que de ese negocio hicieron los contratantes.

En tal orden de ideas se colige que la censura, no obstante invocar la conculcación de la ley sustancial por vía indirecta debido a supuestos yerros fácticos del Tribunal, en la exposición del cargo mezcla una crítica correspondiente a falencias de derecho, imprecisión respecto de la cual la Sala tiene por establecido que:

'(...) si en un cargo estructurado bajo la perspectiva del yerro fáctico se endilga al fallador la vulneración de normas de carácter probatorio, se incurre en un indebido entremezclamiento que atenta contra el aludido requisito en sede de casación; así lo puntualizó la Corte en pretérita ocasión cuando desechó la prosperidad de una censura por cuanto a pesar de denunciar el quebrantamiento de la ley sustancial por desatino manifiesto de hecho en la apreciación de ciertas probanzas, concluyen que con este yerro se dejó de aplicar por parte de la sentencia demandada, los artículos 174, 175, 187, 194 y 197 del Código de Procedimiento Civil, normas probatorias cuya vulneración debe denunciarse por error de derecho en la vía indirecta.'

(...)

También se reitera, que cuando una acusación gira en torno a la comisión de yerros fácticos en la apreciación probatoria, pero se sustenta en normas de linaje probatorio, se incurre en una imprecisión que impide su admisión; pues la violación de aquellas "deben denunciarse por error de derecho en la vía indirecta", el cual no puede confundirse ni mixturarse con análisis soportados en desatinos de hecho, como imprecisamente lo efectuó el

casacionista. (CSJ AC3642 de 2016, rad. n.º 2010-00740-01).

2.3. Igualmente, en sentir de la accionante, el funcionario colegiado desconoció la fijación del litigio realizada en la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, de lo cual extrae que existió vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, al parecer revelando con sordina la existencia de un vicio de nulidad en el trámite.

Esa alegación, de cara al recurso extraordinario de casación, debió invocarse por la causal 5ª del artículo 368 de la obra en cita, es decir, por *«haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140...»*.

Sin embargo, como se anotó, la censora encaminó su reclamo por el motivo inicial, esto es, la *«violación de una norma de derecho sustancial»*, al punto que en el cargo indicó que se configuró tal conculcación por la vía indirecta debido a errores de hecho.

Así las cosas, concluye la Corte que la recurrente seleccionó inadecuadamente la senda por la cual debió plantear esta última inconformidad, pues no obstante esbozar allí la existencia de un yerro *in procedendo*, lo propuso por una de las causales destinadas a elucidar errores *in judicando*.

En efecto, cada causal obedece a una específica e inconfundible razón que tuvo en cuenta el legislador para erigirla como motivo de

quiebre del fallo, sobre la base de considerar que dichas razones, plasmadas en las causales de casación, se fundamentan en dos tipos de errores en que puede incurrir el juzgador. El primero, comúnmente denominado, vicio in iudicando, acaece cuando el sentenciador distorsiona la voluntad hipotetizada en la ley; y el segundo, denominado vicio in procedendo, se estructura a partir de la rebeldía del juez en la aplicación de normas que regulan el proceso, para las partes y para él, incluida la fase de producción del fallo.

Se trata de errores de distinta naturaleza, pues el primero recae en las normas que son llamadas a definir la controversia y el segundo en las que disciplinan el proceso. No pueden ser confundidos, ni menos aducidos en un mismo cargo, en atención a la claridad y precisión que el precepto mencionado reclama. Así por ejemplo, es prototipo del vicio in iudicando la causal primera de casación (violación de norma sustancial) y ejemplo del segundo la causal quinta, sobre nulidad del proceso. (CSJ AC7828 de 16 dic. 2014, rad. n.º 2009-00025-02).

Con otras palabras, el cargo invocado debe guardar correspondencia con el motivo escogido por el censor porque esto desarrolla la autonomía de las causas de casación, toda vez que son «disímiles por su naturaleza, lo cual implica que las razones alegadas para cuestionar la sentencia deban proponerse al abrigo exclusivo de la correspondiente causal, sin que por ende sea posible alegar o considerar en una de ellas situaciones que a otra pertenecen. De este modo, la parte que decide impugnar una sentencia en casación no puede lanzarse a invocar promiscuamente las diversas causales, sino que ha de saber con exactitud, en primer lugar, qué tipo de yerro se cometió, y luego, aducir la que para denunciarlo se tiene previsto.» (CSJ AC277 de 19 nov. 1999, rad. 7780; en el mismo sentido, AC049 de 19 mar. 2002, rad. 1994-1325-01; G.J. CCXLIX, pág. 1467; AC de 14 dic. 2010, rad. 1999-01258-01, entre otros).

En tal orden de ideas se tiene que el cargo también padece de yuxtaposición de diversos motivos de casación.

2.4. En suma, el agravio bajo estudio, por las falencias técnicas anotadas, no prospera.

3. Aun cuando lo discurrido en precedencia basta para descartar el reproche casacional bajo estudio, la Sala también colige que si se dejaran de lado sus falencias técnicas seguiría siendo insuficiente para quebrar la sentencia fustigada, porque las equivocaciones probatorias alegadas, de existir, carecerían de relevancia para acoger la pretensión planteada en el libelo genitor del proceso.

Ciertamente, no obstante que Arturo Hernando Alba Correa fue convocado al proceso atribuyéndole la condición de contratante incumplido de los acuerdos de obra OTM-774, OTM-776 y OTM-1094, porque no ejecutó las construcciones descritas en ellos, la representante legal de Pijao SA relató, al absolver interrogatorio de parte, que *«(...) para aclarar, la obligación bajo el contrato de proveer los recursos es de Arturo Alba, (...) el obligado principal es el socio partícipe como inversionista y el socio ejecutor de obra como Alccom, ellos dos son los responsables de cumplir el contrato, que a la fecha, está claro, no lo han cumplido.»* (CD folio 231, cuaderno 1, 14' 25" a 15' 00").

Agregó, al ser cuestionada acerca de la suscripción por parte de Alba Correa de los contratos de obra, que *«el señor*

Arturo Alba no firmó y tampoco podía firmar un contrato de obra, porque el negocio tripartita no consistía en que el señor Alba hiciera obra, él debía poner la suma pactada en los contratos para ejecutarlas, y su socio el señor Ávila (representante legal de Alcom) debía poner la obra, está de pronto equivocando el concepto del acuerdo tripartita de participación, en el cual el otro socio era el encargado de ejecutar los contratos una vez el señor Arturo Alba le proveyera los recursos.» (Ibídem, 15' 25" a 16' 00". Subrayó la Sala).

También explicó que *«...la persona que pone los recursos es el señor Arturo Alba, la señora (sic) el señor que pone el trabajo es el señor Orlando Ávila, el promitente comprador de la casa, del inmueble, por \$450'000.000, reitero, es el señor Arturo Alba, la sociedad se expresa precisamente en eso y la solidaridad de los dos se expresa precisamente en las cláusulas que usted menciona, él dice que pagará los \$450'000.000 mediante la ejecución de los contratos relacionados a continuación, firmando un pagaré por Alcom, perfectamente está ratificando la relación tripartita que hay en este negocio, tanto en la promesa, como en la escritura, como en el otrosí, como en todos los documentos, el señor Arturo Alba debe poner \$450'000.000 y el señor Orlando Ávila debe hacer la obra, el reclamo es porque el señor Arturo Alba no ha puesto los \$450'000.000 y el segundo reclamo es porque señor Orlando Ávila no ha hecho la obra, los dos están incumplidos.» (Ejusdem, 26' 20" a 28').*

En concordancia con esta versión de los hechos, Alba Correa manifestó, al contestar la demanda, que *«(a) mediados del mes de abril de 2010 el señor ARTURO HERNANDO ALBA CORREA, participó a título de inversionista en las obras de terminación de varias casas del conjunto VILLAS DEL COUNTRY, de propiedad de la constructora Pijao S.A., en la ciudad de Cali, y suministró dineros por un valor superior a los TRESCIENTOS QUINCE MILLONES de pesos mcte (sic) (315.000.000), con el fin de que la constructora y su contratista ALCCOM LTDA., pudieran terminar las obras señaladas. La vinculación del señor ALBA con las dos sociedades mencionadas anteriormente, fue exclusivamente a título de inversionista, y en ninguna cláusula de los contratos anexados a la demanda se contempló su inclusión como socio o representante legal de la sociedad ALCCOM LTDA.»* (Folio 108, cuaderno 1).

La coincidencia de las versiones de ambas partes es evidente, en cuanto a que Arturo Hernando Alba Correa no ejecutaría las construcciones descritas en los contratos de obra objeto de las pretensiones de la demanda; lo que aparece ratificado en el otrosí que a la promesa de venta ajustaron Pijao SA y Alba Correa, al consignar que *«(i)gualmente se hace constar que el señor ARTURO HERNANDO ALBA CORREA, no interviene ni directa ni indirectamente en la realización de las obras contempladas en los contratos citados».* (Folio 122, *ibídem*).

La valoración en conjunto de los anteriores medios de prueba, en el evento de que la Corte restara eficacia al

proveído del Tribunal, llevaría a colegir que lo convenido por las partes fue un contrato de cuentas en participación, en el cual el partícipe aportante fue Arturo Hernando Alba Correa, el partícipe gestor Alccom Ltda., y el tercero con quien éste contrataría sería la constructora Pijao SA, entidad que *ab initio* conoció la identidad del partícipe oculto -no obstante que como regla de principio él permanece oculto en los acuerdos de cuentas en participación-, habiéndose convenido, adicionalmente, que dicho inversionista quedaría exonerado de la ejecución de las construcciones contratadas entre Pijao y Alccom.

Efectivamente, sobre tal tipología contractual la Sala ha señalado:

El contrato de cuentas en participación, regulado en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, bien se sabe, es un negocio de colaboración de carácter consensual, en virtud del cual se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida.

Como otra característica de ese contrato es que su existencia, en principio, no se revela ante terceros, pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta, es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes. Estas últimas, que son las que interesan en el caso, se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad.

No se trata, desde luego, del surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio. El partícipe gestor, por lo tanto, como lo tiene explicado la Corte, es el único que se "obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal"², salvo que los partícipes ocultos revelen o autoricen que se conozca su calidad de tales, en cuyo caso responderán con aquél ante terceros en forma solidaria. (CSJ, SC 105 de 2018, rad. n.º 1992-09354-01).

En el *sub-judice*, acreditado está que Pijao SA suscribió únicamente con Alcom Ltda. los contratos de obra objeto de la contienda, pues no fueron signados por Arturo Hernando Alba Correa (folios 6 a 34, cuaderno 1).

Así mismo, al estimar las versiones de la representante legal de Pijao y del propio Alba Correa, aunadas al otrosí a la promesa de venta ajustada entre estos dos, según se anotó, se establecería que éste último quedó exonerado por expreso acuerdo de las partes de realizar las construcciones, pues sólo se le conminó a entregar los recursos económicos con los que Alcom levantaría las edificaciones.

Ahora, cierto es que el contrato de cuentas en participación posee, como nota característica, que el partícipe inversionista permanece oculto ante los terceros que contratan con el partícipe gestor. Pero dicha regla es

² Sentencia 125 de 13 de septiembre de 2006, expediente 00271. En igual sentido, en términos generales, sentencia de 10 de junio de 1952, LXXXII-402.

susceptible de modificación, al punto que el artículo 511 del Código de Comercio prevé que *«(l)a responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos **que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe**, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor.»* (Resaltado ajeno al texto).

En consecuencia, no mermaría la conclusión de la Corte que, tal cual lo revela el convenio de que se trata, Pijao SA conociera desde el inicio de la relación que Alba Correa sería quien colocaría los recursos económicos para que Alcom ejecutara las obras requeridas por aquella sociedad, porque si bien es connatural que el partícipe inversionista esté bajo el anonimato, no lo es menos que su revelación no desvirtúa el contrato de cuentas en participación, como quiera que este conocimiento sólo genera solidaridad entre el partícipe inversionista u oculto y el partícipe gestor, en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por este último con cualquier tercero.

En otros términos, tal cual se desprende del tenor literal de la norma transcrita, en el evento de develarse el velo existente entre el partícipe oculto y el partícipe gestor, ambos quedarían obligados solidariamente con los terceros con quienes éste contrató.

No obstante, en el preciso caso de autos dicha solidaridad fue exceptuada por acuerdo de voluntades, toda vez que, con insistencia, la representante legal de Pijao SA

señaló, en el interrogatorio de parte que absolvió, que Arturo Hernando Alba Correa no debía ejecutar las obras y que el incumplimiento a él endilgado es por no haber entregado los recursos necesarios para que Alccom realizará las construcciones, lo que muestra coherencia con el otrosí de la promesa de venta pactada -aunque a la postre hubieran desistido de esta- a cuyo tenor *«(i)gualmente se hace constar que el señor ARTURO HERNANDO ALBA CORREA, no interviene ni directa ni indirectamente en la realización de las obras contempladas en los contratos citados»*. (Folio 122, *ibídem*).

Es decir que la pretensión de responsabilidad contractual elevada por la demandante estaría llamada al fracaso en lo que atañe a Arturo Hernando Alba Correa, porque los negociantes celebraron un contrato de cuentas en participación en donde a él, como partícipe aportante, se le exoneró de la obligación de realizar las obras asumidas por Alccom, a pesar de que era responsable solidario de dicha carga porque la contratante en los acuerdos de obra conoció de su condición desde los albores del negocio.

Con otras palabras, como a Alba Correa no se le demandó pretendiéndose la resolución de la venta que a su favor realizó Pijao SA alegándose el incumplimiento en el pago del precio, tampoco se le emplazó por incumplir su obligación de entregar los recursos para la ejecución de los contratos de obra, sólo fue llamado a juicio por no realizar las construcciones a que se conminó Alccom -de lo que precisamente fue exonerado-, la pretensión invocada en el

sub lite estaría llamada al fracaso en el evento de que la decisión del *ad-quem* debiera ser removida.

Así las cosas, si la Corte casara el proveído cuestionado y, en sede de instancia, tuviera que decidir la alzada propuesta contra la sentencia del *a-quo*, llegaría a la misma determinación del Tribunal, esto es, la exoneración de la responsabilidad endilgada a Arturo Hernando Alba Correa en lo que respecta, únicamente, a la ejecución de las obras contratadas.

A este aspecto vale recordar que una falencia en la decisión fustigada no habilita, *per se*, la prosperidad del recurso extraordinario; igualmente es necesario que el error sea protuberante y que la valoración probatoria planteada en el reproche casacional sea la única viable, al punto que inequívocamente deba desecharse la providencia cuestionada; lo que, según se dijo en líneas precedentes, no se cumple en el *sub lite*.

Sobre este requisito la Sala ha expresado:

A tono con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, tiene establecido la jurisprudencia vernácula de la Corte que dicho medio de impugnación, no obstante habilitarse frente a aquellas sentencias que, como resultado de errores (...) resultan infringiendo la ley sustancial, no constituye una instancia más en la que pueda intentarse una aproximación al litigio, de suerte que, tratándose de la causal primera y cuando se acusa al fallador de haber incurrido en ese tipo de yerros, será necesario que el recurrente demuestre (...) que la equivocación (...) es trascendente, 'esto es, influyente o determinante de la decisión ilegal o contraria a derecho; lo cual, descarta, entonces, según lo tienen entendido jurisprudencia y doctrina, aquellos errores inocuos o que no

influyen de manera determinante en lo dispositivo de la sentencia, porque su reconocimiento ningún efecto práctico produciría' (cas. civ. de octubre 20 de 2000; exp: 5509), por lo menos frente al cometido de la Corte de proveer a la realización del derecho objetivo que, en esa hipótesis, no se vería lesionado. (CSJ S-158 de 2001, rad. n.º 5993).

Por consecuencia, aunque se hubieran dado las falencias de hecho en la estimación de los elementos persuasivos endilgadas al juzgador de segundo grado, serían intrascendentes, por lo que la vulneración del ordenamiento sustancial denunciada en el libelo extraordinario no se configuró.

4. De lo analizado emerge que 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 *ibidem*, modificado por el 19 de la Ley 1395 de 2010, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora 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 11 de agosto de 2014, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Pijao Grupo de Empresas Constructoras SA «Pijao SA» promovió contra A. y L.

Construcciones y Comunicaciones Ltda. «Alccom Ltda.» y
Arturo Hernando Alba Correa.

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,

Ausencia justificada

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RIGO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNERA BARRIOS