ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado ponente

SC876-2018

Radicación n.°11001-31-03-017-2012-00624-01

(Aprobado en sesión de primero de noviembre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

La Corte decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 19 de febrero de 2016, en el proceso ordinario de la referencia.

I. EL LITIGIO

A. Las pretensiones

Herbert García Tricoche y Sylvia Acevedo de García demandaron a Orlando Hernández Hernández, Carlota Patricia Páramo de Hernández, Alejandro Hernández Páramo, Claudia Patricia Hernández Páramo y Coherpa S.A.S. para que se declare que incumplieron el «*acuerdo privado de cesión de derechos*» suscrito el 5 de abril de 1994 y se les condene a pagar $18.552.476.648,23 por lo que les

corresponde, así como los perjuicios por daño emergente y lucro cesante que se demuestren.

Subsidiariamente, pidieron que se proclame que los demandados son responsables por los daños causados *«antecedentes, concomitantes y subsiguientes»* al mencionado pacto. (Folio 539, cuaderno 1 tomo II)

B. Los hechos

1. Herbert García Tricoche y Orlando Hernández Hernández eran socios de Icein Ltda., y cada uno era dueño de la mitad del capital social.

2. También eran socios, junto con Sylvia Acevedo de García y Coherpa Ltda., de Indugravas Ltda., cada uno con el 25% de participación.

3. El 24 de diciembre de 1993, Herbert García Tricoche y Orlando Hernández Hernández celebraron un contrato de promesa de compraventa. El primero se comprometió a cederle al segundo sus cuotas en las dos sociedades mencionadas.

4. El 5 de abril de 1994, mediante las escrituras públicas Nos. 905 y 906 de la Notaría 10 de Bogotá, se protocolizaron las reformas a los estatutos de Icein e Indugravas, respectivamente.

5. En el primer instrumento se aprobó la cesión de las cuotas sociales que hizo Herbert García Tricoche a Orlando Hernández Hernández, Carlota Patricia Páramo de Hernández, Alejandro Hernández Páramo, Claudia Patricia Hernández Páramo y Coherpa. En el segundo, se aprobó la cesión de las cuotas sociales que hicieron Herbert García Tricoche y Sylvia Acevedo de García a favor de Coherpa y Orlando Hernández Hernández.

6. En la misma fecha, los cedentes y cesionarios suscribieron el documento titulado *«ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE DERECHOS»,* en el que acordaron:

6.1. El precio por la cesión, más el 50% *«del Good Will por el buen nombre de las sociedades»,* era $1.002.224.800,oo. El pago de la mitad dijo entregarse en la misma fecha; la suma restante, en tres cuotas por $167’204.133,33, cada una, exigibles los días 5 de octubre de 1994, y 5 de abril y 5 de septiembre de 1995, las cuales *«estarán representadas en un pagaré que por igual valor e iguales condiciones suscriben en esta misma fecha…».* (Folio 353, cuaderno 1 tomo I)

6.2. Los cesionarios se comprometieron a garantizar los pagos con una garantía *«bancaria o hipotecaria».*

6.3. También se obligaron a reconocerle a los cedentes:

> *… una suma equivalente al cinco por ciento (5%) de todos los ingresos netos que perciban las sociedades ICEIN LIMITADA e*

INDUGRAVAS LIMITADA, por concepto de los contratos que se relacionan a continuación, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el respectivo pago se verifique por parte de la entidad contratante, para lo cual les remitirá los comprobantes que justifiquen el pago.

Los contratos que relacionaron fueron: i) el número 187/93 suscrito con el Fondo Vial Distrital-Fosop; ii) el número 198/93 suscrito con el Fondo Vial Distrital-Fosop; iii) el número 108/93 suscrito con la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca; iv) el número 0818/93 suscrito con el Fondo Aeronáutico Nacional; v) el número 267/83 suscrito con el Fondo Vial Nacional; vi) el número 562/84 suscrito con el Fondo Vial Nacional; vii) el número 385/86 suscrito con el Fondo Vial Nacional; viii) el suscrito con el Municipio de Floridablanca para la construcción de intercambiadores sobre la autopista Bucaramanga-Piedecuesta; y ix) el número 256/93 suscrito con el Área Metropolitana de la citada ciudad. (Folio 355, cuaderno 1, tomo I)

6.4. En la cláusula *«Cuarta»* pactaron:

LOS CEDENTES y LOS CESIONARIOS responderán solidariamente y por iguales partes –y se beneficiarán de igual manera- de todos los activos y pasivos contingentes de las sociedades ICEIN LIMITADA a INDUGRAVAS LIMITADA, que tuvieren causa u origen antes del 31 de diciembre de 1993, que expresamente no se hubieren incluido e identificado en los balances de las sociedades cortados a esa fecha, especialmente los relacionados con el denominado CONSORCIO GRANDICON-ICEIN. (Folio 356, cuaderno 1, tomo I)

7. Los demandados solo han cumplido parcialmente lo acordado. **i)** En relación con las 3 cuotas correspondientes al 50% de la venta, adeudan $97.119.151; **ii)** en relación con el 5% del ingreso por los contratos 187/93, 198/93, 108/93, 267/83, 562/84, 385/86, 256/93 y el celebrado con el Municipio de Floridablanca adeudan $97'978.922,47; **iii)** por activos contingentes que tuvieron *«causa y origen antes del 31 de diciembre de 1993»,* las sumas de $18.056.615.810,15., correspondientes a la concesión *«Sabana de Occidente (EL VINO)»,* y $119.301.413,77 por concepto de conciliaciones, sumas que deben actualizarse.

C. El trámite de las instancias

1. Admitida la demanda, el 22 de febrero de 2013, se dispuso su traslado a los demandados.

2. Orlando Hernández Hernández, Carlota Patricia Páramo de Hernández, Alejandro Hernández Páramo, Claudia Patricia Hernández Páramo y Coherpa S.A.S. se opusieron y formularon las excepciones que titularon: *«inexistencia de la obligación o de la partida por valor de $18.056.615.810… por no ser la misma: a) un activo contingente, b) no tener origen ni causa antes del 31 de diciembre de 1993 y c) se hace provenir de la apertura de una licitación que fue declarada desierta», «prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales y prescripción extintiva de los derechos a que alude la demanda», «pago total del valor de la cesión de cuotas de interés social en las sociedades Icein Ltda. e Indugravas Ltda., y en sentido*

contrario, sumas a favor de Icein Ltda. por concepto de mayores pagos por el pago de lo no debido. La cesión, contrato doblemente solemne sólo se perfecciona y puede modificarse con el cumplimiento de las solemnidades; siendo inoponibles a ella cualesquiera pactos privados entre las mismas partes», «…existencia de pasivos contingentes a cargo de los demandantes; pasivos que suspenden el pago de las sumas recaudadas hasta la determinación de su cuantía final», «…haberse pactado los pagos sobre ingresos netos. Consecuencia de tal calificación para los pagos realizados bajo tal concepto», «la pretensión principal de la demanda incoada no arroja la consecuencia de ninguna indemnización de perjuicios, ni la actualización de condenas, como tampoco, condena alguna por intereses moratorios y su capitalización», «la actuación de la parte demandada se enmarca estrictamente dentro de los principios de la buena fe contractual. No así la de la parte demandante», «la compensación como modo de extinguir obligaciones», «indebida aplicación que hace la parte demandante de los pagos recibidos, derivados de las contingencias con causa u origen antes de diciembre 31 de 1993».

3. El juzgador de primera instancia, en providencia de 18 de septiembre de 2014, negó las pretensiones de la demanda y declaró *«improbada la excepción de prescripción».* (Folio 1608, cuaderno 1, tomo IV)

El acuerdo privado —sostuvo— obligaba a las partes a su cumplimiento, y sus efectos no habían prescrito al reconocer los demandados la deuda a favor de los actores.

Consideró necesario *«acudir a la interpretación contractual»,* en especial de la cláusula *«cuarta»* del citado documento, y encontró que para la determinación del monto del 5% que le correspondía a los actores sobre de las sumas recibidas por Icein e Indugravas, debían tenerse en cuenta los activos y pasivos *«contingentes»,* y esa liquidación era una *«obligación suspensiva positiva»* que no se cumplió. Agregó que el contrato de Concesión Sabana de Occidente no era un activo contingente.

En relación con los pagos de las cuotas sociales, advirtió que para el efecto se firmó un pagaré, con lo que se extinguió la obligación por ser el título un medio de pago.

Tampoco encontró demostradas las pretensiones subsidiarias, porque no se probó la mala fe de los citados.

4. Las dos partes apelaron.

Los demandantes reiteraron las razones de su libelo inicial. También alegaron que el juez cambió el sentido del acuerdo privado; acogió conceptos jurídicos aportados por su contraparte; no valoró las confesiones sobre la improcedencia de descuentos por concepto de pasivos contingentes; tuvo en cuenta un peritaje que se hizo con base en una contabilidad no exhibida; descartó información fidedigna e imparcial y acogió otra que no lo era; adujo equivocadamente que el medio de pago del 50% de las acciones fueron títulos valores, pese a que el pagaré tan solo se suscribió como garantía, y se acreditó la mala fe de

los demandados. Además, los ingresos correspondientes a la Concesión Sábana de Occidente debían tenerse como activos contingentes, porque la participación de Icein en la misma tuvo origen en una licitación cuya apertura se produjo el 21 de diciembre de 1993.

Los demandados manifestaron que el juez omitió condenar en perjuicios a los demandantes *«por la falta de razonabilidad… en el juramento estimatorio»,* y desestimó su excepción de prescripción, sin tener en cuenta el *«nuevo sistema prescriptivo en asuntos societarios».*

D. La sentencia impugnada

El Tribunal Superior de Bogotá, el 19 de febrero de 2016, adicionó la sentencia apelada para declarar que la demandante Silvia Acevedo de García no tenía legitimación en la causa. En lo demás, la confirmó. (Folio 149, cuaderno 16)

Consideró que la mencionada actora carecía de legitimación porque la persona a quien le dio poder para que suscribiera en su nombre el *«acuerdo privado de cesión de derechos»* no lo hizo.

La existencia de tal documento se acreditó. El pago del 50% del valor pactado para la cesión de derechos se demostró con la entrega de un pagaré al momento de la firma, ya que las partes establecieron que el dinero

respectivo *«estaría representado»* por ese documento. Además, el tenedor del título no lo devolvió a su girador.

El pago del 5% de los ingresos recibidos debía analizarse en armonía con la *«promesa de celebración del negocio jurídico»,* del que se deducía que la finalidad de los contratantes era *«ceder los derechos en un insoslayable principio de solidaridad en los activos y pasivos»* con causa u origen anterior al 31 de diciembre de 1993, que no fueron incluidos en los balances. Por tal razón *«hasta tanto no se establezca el valor real de esos componentes no surgirá el derecho a reclamar suma alguna»,* porque antes de ese momento no era posible conocer el monto adeudado.

No era cierto que los demandados tuviesen que reconocer el *«5% de todos los ingresos netos»,* porque tuvieron que tenerse en cuenta los activos y pasivos contingentes, cuya definición halló en normas internacionales contables y el Decreto 2649 de 1993.

No se demostró el incumplimiento del contrato. Los peritajes aportados por los litigantes no tenían bases sólidas. El de los actores debido a que el experto hizo cálculos sin atender los pasivos contingentes, se elaboró con base en la información que los interesados le entregaron sin tener en cuenta soportes contables y sin explicar su metodología. El otro, porque *«no observó los parámetros legales sobre la contabilidad».*

La Concesión Sabana de Occidente —explicó— no constituía un activo contingente, ya que *«se trata de una circunstancia ulterior al 31 de diciembre de 1993»,* pues la licitación abierta con tal propósito se declaró desierta, y la contratación directa posterior tuvo origen en una invitación realizada en el año 1994.

Tampoco se acreditó la existencia de conductas contrarias a la buena fe contractual de los citados, referidas en las pretensiones subsidiarias.

La inconformidad de los demandados no podía prosperar, pues no debía resolverse sobre la prescripción alegada ya que no se encontraron satisfechos los fundamentos de las pretensiones; y no se reunieron los requisitos para imponer sanciones por la falta de razonabilidad del juramento estimatorio.

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Los recurrentes propusieron un único cargo con sustento en la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso. Alegaron la existencia de errores de hecho y de derecho violatorios de los artículos 1505, 1546, 1602, 1603, 1613, 1614, 1615, 1617, 1618, 1622, 1627, 1649 y 2186 del Código Civil, y 833, 870 y 884 del Código de Comercio.

CARGO ÚNICO

1. El Tribunal declaró que Silvia Acevedo García no

tenía legitimación en la causa, conclusión con la que desconoció la copia del *«acuerdo privado de cesión de derechos»* que aportó la parte demandada, en donde obra la firma del apoderado de la actora. También ignoró la confesión contenida en la contestación al hecho 3.8 de la demanda.

2. Incurrió en yerros al valorar el *«acuerdo privado de cesión de derechos»*, y el contrato de promesa, en lo relativo al pago del 5% de todos los ingresos netos percibidos por Icein e Indugravas por los contratos allí mencionados.

Las partes no supeditaron la cancelación de esas sumas *«a la liquidación de activos o de pasivos contingentes»*. La única condición que establecieron fue el desembolso que debían hacer las entidades con las que se celebró cada uno de los acuerdos, luego del cual la entrega de las sumas a los actores tenía que realizarse dentro de los cinco días siguientes.

Ignoró la confesión de los demandados al contestar la demanda y el acta de consorciados visible a folio 722 del cuaderno 1, tomo III, suscrita por Grandicon e Icein, que versó sobre algunos de los vínculos referidos en el acuerdo privado, cuyo *«espíritu… es el mismo que se refleja en dicho acuerdo…»*, y que alude al pago de un porcentaje por los contratos que se repartieron tales entes *«sin sujeción alguna a supuestas condiciones suspensivas»* y *«libre de liquidaciones sobre activos o pasivos»*. (Foli0 35, cuaderno Corte)

No tuvo en cuenta la declaración de la demandada Claudia Patricia Hernández Páramo que afirmó que el pago del porcentaje mencionado era *«sobre ingresos netos»*. Tampoco observó lo manifestado por los demandados en su contestación, en donde pretendieron acreditar que entregaron las sumas correspondientes a tal acuerdo, de lo que hubiese podido deducir que su obligación no estaba supeditada a una condición suspensiva. Y desdeñó los documentos que probaron que Icein recibió montos por los contratos.

El juzgador desestimó equivocadamente el peritaje aportado por los actores, porque nada impide que el experto atienda las observaciones de las partes; pasó por alto que un trabajador de Icein denunció la pérdida de varios soportes contables de los vínculos objeto de disputa, y desconoció que los libros del comerciante solo constituyen un principio de prueba.

3. El *ad quem* negó el reconocimiento de los créditos pactados en la cláusula *«cuarta»* del acuerdo privado, conclusión a la que llegó por *«preterición del acta de consorciados»,* en la que se estipularon parte de los activos y pasivos contingentes mencionados en dicho pacto. No reparó en que en el contrato de promesa *«las partes previeron los activos y pasivos contingentes que eran objeto de convenio»*.

Para definir los conceptos contenidos en el acuerdo privado de cesión acudió a *«conceptualizaciones normativas»*

que no estaban vigentes para el momento del pacto y prescindió del entendimiento que las partes le dieron a los mismos, verificado en la forma en como liquidaron los ingresos, según la demanda y su contestación.

No tuvo en cuenta *«los documentos que contienen las resoluciones y demás actos que concretaron los activos que en su momento las partes habían tildado de contingentes».*

4. El fallador desestimó la reclamación correspondiente al pago derivado de la Concesión Sabana de Occidente por considerar que no se trataba de un activo contingente de los pactados en el acuerdo.

Desatendió que la celebración del contrato de concesión, conforme se plasmó en el mismo, fue una continuación del proceso abierto con la licitación en el año 1993.

No valoró un oficio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte de 28 de junio de 1994, en el que dijo que a la contratación directa *«se llegó por causa de la declaratoria de desierta de la licitación»,* lo que también se deduce del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Incurrió en error de derecho por la violación del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, por no apreciar en conjunto la certificación expedida por el Gerente de la Concesión Sabana de Occidente que obra a folio 945 del cuaderno 1, tomo III, pues no conectó dicha prueba con

el contrato de concesión. Tampoco valoró conjuntamente la Resolución 004877 de junio de 1994 y el oficio 2013-306-003171-1 y la carta DG 10904 de 22 de julio de 1994, los que apreció de manera descontextualizada.

CONSIDERACIONES

1. 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 1° 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"*[1]. (CSJ. AC. 26 de noviembre de 2014, rad. 2007-00234-01)

Solo el error manifiesto, evidente y trascedente 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.

2. El casacionista propuso un único cargo en el que atacó varias de las conclusiones de la sentencia de segunda instancia. Cuestionó, en compendió, que se hubiese declarado que Silvia Acevedo de García carecía de legitimación en la causa por activa; la negativa a declarar el

[1] Vid. Auto de 18 de noviembre de 2009, expediente 00035.

incumplimiento de los demandados por el no pago del 5% de lo recibido por los contratos acordados y del 50% de los «*activos contingentes*»; y la exclusión del contrato Concesión Sabana de Occidente de este último tipo de activos.

El cargo no revela los yerros fácticos y jurídicos alegados, en efecto:

3.1. El Tribunal negó las pretensiones por considerar que el incumplimiento de los demandados no fue demostrado. Estimó que debía interpretarse lo realmente querido por quienes firmaron el acuerdo privado, y con observancia del contrato de promesa anterior. Sostuvo, a partir de su estudio, que el pago por parte de los cesionarios dependía de que se estableciera el valor de los activos y de los pasivos contingentes, definición que las partes no realizaron. Al respecto, adujo:

> *… previamente debe establecerse el quantum del activo y pasivo contingente, luego de lo cual se conocerá con precisión el monto que por dicho rubro pudieren adeudar los demandados, aserto que se sustenta en el hecho que lo aspirado por las partes no fue cosa distinta que Cedentes y Cesionarios se hicieran partícipes de los gastos y concomitantemente de las ganancias provenientes de aquella operación -artículo 1618 ídem-, así como en el principio de derecho consagrado en el canon 871 del Estatuto Mercantil, según el cual los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, por lo que obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos.*

Analizó los peritajes aportados en la demanda y en la contestación, y estimó que sus bases carecían de firmeza. El que allegaron los demandantes, porque el perito no sustentó su estudio en soportes contables o liquidaciones, no analizó la contabilidad de Icein Ltda., no incluyó *«algunas contingencias, relacionadas con componentes que difieren de los activos y pasivos»,* se apoyó en *«una información reportada 'a mano' por la familia García»,* y realizó una indexación de los montos sin explicar la metodología, motivo por el que *«no es prueba del incumplimiento contractual que se le endilga a la parte demandada, razón que conduce a concluir la frustración de las pretensiones formuladas en este sentido».* El que presentaron los demandados, debido a que no se elaboró con sujeción a las normas contables, pues se hizo *«una mención sobre activos y pasivos contingentes, sin soporte de si estos fueron o no verdaderamente incorporados a los balances financieros de Icein…».*

Concluyó, finalmente, que el incumplimiento no fue probado *«…porque, se insiste una vez más, no están demostrados los activos y pasivos contingentes de manera certeza (sic) y hasta tanto ello no ocurra no es dable deducir quién ha incumplido, o, si efectivamente son los demandantes los que adeudan a los convocados».* (Folio 143, cuaderno 16)

En su recurso de casación, la parte actora se opuso a los anteriores razonamientos porque el *ad quem* se equivocó al deducir que el pago del 5% de ingreso correspondiente a

los contratos relacionados en el acuerdo, y del activo contingente, estaba condicionado a la previa fijación y liquidación de los activos y pasivos contingentes. En opinión del recurrente, la entrega de los dineros no dependía de la determinación anterior de tales sumas. Esos hechos —sostuvo— fueron confesados por los demandados al contestar su demanda, se deducen del *«acta de consorciados»,* y fueron puestos de presente por Claudia Patricia Hernández Páramo en el interrogatorio de parte que absolvió. Agregó que el juzgador desestimó equivocadamente el peritaje que aportó, ya que es factible que el experto atienda las observaciones de las partes, además de que se denunció la pérdida de varios soportes contables, y desconoció que los libros del comerciante solo constituyen un principio de prueba.

La acusación mencionada, aun cuando precisó el error de hecho, no señaló la trascendencia del mismo en la decisión, ni confrontó la totalidad de los fundamentos en los que se apoyó el juzgador. Esta Sala tiene dicho que:

> *…el recurso de casación debe contar con la fundamentación adecuada para lograr los propósitos que en concreto le son inherentes y, por disponerlo así la ley, es a la propia parte recurrente a la que le toca demostrar el cabal cumplimiento de este requisito, lo que supone, además de la concurrencia de un gravamen a ella ocasionado por la providencia en cuestión, acreditar que tal perjuicio se produjo por efecto de alguno de los motivos específicos que la ley expresa, no por otros, y que entre el vicio denunciado en la censura y aquella providencia se da una precisa relación de causalidad, teniendo en cuenta que, cual lo*

ha reiterado con ahínco la doctrina científica, si la declaración del vicio de contenido o de forma sometido a la consideración del Tribunal de Casación no tiene injerencia esencial en la resolución jurisdiccional y ésta pudiera apoyarse en premisas no censuradas eficazmente, el recurso interpuesto carecerá entonces de la necesaria consistencia infirmatoria y tendrá que ser desechado.

…

…para cumplir con la exigencia de suficiente sustentación de la que se viene hablando, el recurrente tiene que atacar idóneamente todos los elementos que fundan el proveimiento, explicando con vista en este último y no en otro distinto, en qué ha consistido la infracción a la ley que se le atribuye, cuál su influencia en lo dispositivo y cómo este aspecto debe variar en orden al restablecimiento de la normatividad sustancial vulnerada, lo que impone entre otras cosas de no menor importancia por cierto, que la crítica a las conclusiones decisorias de la sentencia sea completa. (Se subraya) (CCXVI, 290, 291)

El juzgador, aunque desestimó las aspiraciones de los demandantes porque debía establecerse con precisión el *quantum* del activo y del pasivo contingente y antes no existía *«el derecho a reclamar suma alguna»* —conclusión atacada en el cargo—, también denegó la prosperidad del *petitum* fundado en la ausencia de prueba del incumplimiento, y la inconsistencia de los peritajes aportados para acreditarlo.

En efecto, consideró que los cedentes asumieron cargas verificadas en el parágrafo primero de la cláusula segunda del contrato de promesa, y en la cláusula cuarta

del acuerdo privado de cesión de derechos, de los que extrajo que entre los contratantes existía *«un insoslayable principio de solidaridad en los activos y pasivos, definiéndose desde un comienzo que tales eventualidades serían asumidas mancomunadamente»,* y que dijeron *«responder in-solidum por 'partes iguales' de los pasivos contingentes que gravaban a Icein Ltda., e Indugravas Ltda.»,* y porque, no obstante lo anterior, no se había establecido el valor de esos conceptos, para así conocer *«con precisión el monto que por dicho rubro pudieren adeudar los demandados…».* (Folio 129, cuaderno 16)

Esta última conclusión la respaldó con su análisis de los peritajes aportados, que, debido a los defectos que anotó, no permitían establecer —reiterase— el *«incumplimiento contractual que se le endilga a la parte demandada, razón que conduce a concluir la frustración de las pretensiones formuladas en este sentido».* (Folio 135, cuaderno 16)

Es decir, la negativa a las pretensiones no solo se sustentó en la falta de una liquidación previa de las obligaciones, sino también, en la ausencia de prueba de los montos adeudados, su indeterminación en el proceso, y poca idoneidad de los peritajes para acreditarlos, debido a las falencias que encontró, y, en consecuencia, en la ausencia de prueba del incumplimiento.

Por lo tanto, como el recurrente no atacó la anterior conclusión, consistente en la ausencia de prueba del

incumplimiento contractual por no haberse establecido las obligaciones de cada parte, se concluye que aun de probarse el yerro alegado la acusación carecería de trascendencia, pues al mantenerse en pie uno de sus pilares, la sentencia se mantendría incólume.

Además, aunque los demandantes atacaron la valoración que hizo el Tribunal del peritaje elaborado por Eduardo de Jesús Fajardo Rodríguez, no demostraron el error de hecho en su apreciación.

Al respecto, tan solo se dijo que *«no le resta eficacia probatoria a una experticia el hecho que el perito atienda las observaciones de las partes»,* por permitirlo así la ley; que se denunció la pérdida *«de varias carpetas que contenían los soportes contables de los contratos»* de la sociedad Icein, y que *«los libros sólo constituyen un principio de prueba a favor del comerciante que necesariamente debe ser completado con otras pruebas legales».*

No obstante, en tal crítica no se denunció un yerro manifiesto en la valoración del Tribunal, pues lo que se expuso fue la opinión divergente del recurrente en relación con las consideraciones de aquél, esto es, su visión alternativa del modo en que pudo valorarse dicha prueba, aun cuando tal motivo de casación solo se estructura:

> *… cuando el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el*

> *recurrente', ya que si la inferencia a la que hubiera llegado, '(…) luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha situación no hay absoluta certeza del desatino cometido…* (CSJ. SC. Mar. 11 de 1999, citado en AC. Feb. 29 de 2012)

No se explicó la razón por la que fue errada la conclusión en punto de la falta de solidez de dicha prueba, que el Tribunal sustentó en el hecho de que el experto no explicó su metodología, la circunstancia de haber soportado su criterio *«principalmente en documentos entregados por la familia García»,* entre ellos *«unos cuadros elaborados a mano, en los cuales relacionaban los valores que ingresaron a la firma Icein…»,* o el hecho de no haber consultado la contabilidad de dicha firma.

El motivo por el que la denuncia de la pérdida de *«varias carpetas»* de la contabilidad de la mencionada sociedad, o que la prueba se hubiese elaborado con base en la información *«reportada 'a mano' por la familia García»* le otorgaban plena credibilidad a los resultados obtenidos por el perito, y la equivocación manifiesta del juzgador por no razonar en tal sentido, no fue puesta de presente en el cargo.

Debe recordarse que el fallador goza de plena autonomía en la apreciación probatoria sin que ella llegue a comportar arbitrariedad alguna, de manera que sólo el error

manifiesto, evidente y trascendente, el que brota a simple vista y se impone a la mente como protuberante, y sin necesidad de acudir a dispendiosas elucubraciones, es susceptible de apoyar la causal de casación que por esta vía daría al traste con el pronunciamiento impugnado. No puede confundirse el error de hecho con la simple inconformidad del recurrente respecto de la libre apreciación que se efectúa de los elementos de persuasión que obran en el proceso.

Luego, si en la impugnación se presenta simplemente un ejercicio de ponderación probatoria diferente, la Corte no tiene alternativa distinta a la de atender la valoración del juzgador, en virtud de la doble presunción de legalidad y acierto de que está revestida su sentencia, lo que impone que sus conclusiones en torno del examen de los elementos fácticos son, en principio, intocables, salvo la demostración del inocultable yerro apreciativo.

3.2. Por las mismas razones, se concluye que la trascendencia de la acusación concerniente a la declaratoria de falta de legitimación en la causa por activa de Silvia Acevedo de García no fue demostrada. En efecto, no se evidencia cómo, aun de comprobarse que el Tribunal erró al concluir que dicha demandante carecía de legitimación, la decisión hubiese sido diferente, es decir, que en lugar de denegar las pretensiones la determinación hubiese sido estimatoria. Lo anterior teniendo en cuenta que, como atrás se precisó, no se desvirtuó la presunción de legalidad y acierto de la providencia en punto de una de las bases de la misma, como lo fue la falta de prueba del incumplimiento.

3.3. Situación análoga ocurre con la acusación formulada contra la argumentación del *ad quem,* que consideró que la Concesión Sabana de Occidente — El Vino *«no corresponde a un activo contingente».*

Respecto a tal temática, tampoco se demostró el yerro alegado.

En efecto, el Tribunal consideró que el citado contrato se encontraba por fuera de los activos contingentes pactados en la cláusula cuarta del acuerdo privado de cesión, por tratarse de *«una circunstancia ulterior al 31 de diciembre de 1993».*

Sustentó tal conclusión en la Resolución 18827 de 21 de diciembre de 1993 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, mediante la que se dio apertura a la licitación; en la Resolución 004877 de 27 de junio de 1994 del Instituto Nacional de Vías, en la que declaró desierta la misma; en el oficio 2013-306-003171-1 de 6 de marzo de 2013 de la Agencia Nacional de Infraestructura, en el que informó que el contrato en mención se adjudicó mediante *«contratación directa»,* mediante proceso cuya apertura se produjo el 28 de junio de 1994, y la aceptación de la oferta se dio el 22 de julio siguiente, de lo que dedujo que:

> *… independientemente que se hubiera tratado de una contratación directa cuya pauta indefectiblemente la marcó el pliego de condiciones y sus adendas de la licitación pública 094 de 1993, lo cierto es que corresponde a una nueva invitación*

> *como claramente se otea de la documental referida, al margen que haya tenido el mismo objeto y términos de referencia, pues como es obvio y conocido por la jurisprudencia patria, no podían ser modificadas.*

Contra dicha valoración, el casacionista alegó que existieron errores de hecho y de derecho. En punto de los yerros fácticos, sostuvo que según el contrato de concesión, el mismo *«era la continuación del proceso abierto con la licitación 094-93»*; y que el juzgador no tuvo en cuenta el oficio expedido por el Ministerio de Obras Públicas el 28 de junio de 1994, según el cual *«a la contratación directa se llegó por causa de la declaratoria de desierta de la Licitación 094 de 1993».*

La Sala reitera que la sentencia viene revestida de la presunción de legalidad y acierto, razón por la que:

> *… la disímil apreciación que de la prueba haga el censor a través del aludido recurso no es suficiente por sí misma para aniquilar o anonadar la providencia impugnada, ni siquiera en el eventual caso en que la Corporación pueda separarse del estudio que haya hecho el juzgador para admitir como más razonable la conclusión objeto de ataque. (sent. cas. civ. de 14 de agosto de 1995, Exp. No. 4040)*

El demandante no demostró el yerro manifiesto del juzgador en la apreciación de las pruebas, pues lo que hizo fue oponer a su valoración su propia opinión, según la cual, como el proceso de licitación inició en el año 1993, la contratación directa que la administración hizo luego de

que dicha licitación se declarara desierta, al año siguiente, fue parte del mismo proceso y, por lo tanto, hizo parte de los denominados por los litigantes *«activos contingentes»*.

No obstante, no tuvo en cuenta que tales circunstancias fueron atendidas íntegramente por el fallador, que consideró que aun cuando dicho proceso tuvo su raíz en la Resolución 18827 de 21 de diciembre de 1993 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la contratación directa llevada a cabo meses después tuvo como origen una nueva invitación, mediante proceso cuya apertura se produjo el 28 de junio de 1994, según lo que informó la Agencia Nacional de Infraestructura.

El recurrente no explicó cuál fue el error de valoración que produjo tal conclusión. La razón por la que el *ad quem* debió deducir de allí, indefectiblemente, la consecuencia expresada en el cargo, no fue expuesta en modo alguno.

Pese a la mención que hizo de tales elementos, y de su opinión sobre los mismos, dicha parte no explicó el yerro manifiesto ni su trascendencia, pues simplemente opuso a la valoración del Tribunal —sobre la que recae la presunción de acierto— su propio estudio y conclusiones alternativas, sin que las mismas se adviertan como las únicas admisibles

Cualquier razonamiento dirigido a que se vuelva a examinar la situación fáctica, por mostrar el casacionista una simple discordancia frente a la evaluación crítica del

fallador, resulta estéril si no se deja al descubierto la magnitud y trascendencia del desacierto que se produjo al apreciar las pruebas.

El impugnante apenas expuso cuál debía ser en su sentir el mérito de los elementos demostrativos a los que hizo referencia, sin poner de presente la evidencia de la equivocación, de tal modo que amén de que no fueran requeridos mayores estudios para establecer que se estructuró, la conclusión presentada por la censura necesariamente se erigía en la única posible para solucionar el litigio, y frente a ella la tesis expuesta por el juzgador resultaba contraevidente e insostenible.

En relación con el error de derecho, no se explicó la forma en que el Tribunal violó el artículo 187 del Código Civil, por no haber valorado en conjunto las pruebas. Si bien, sostuvo que no conectó el contrato de concesión con la certificación visible a folio 945 del cuaderno 1, tomo III (en la que la gerente de la Concesión mencionó que la licitación 094-93 se declaró desierta); la Resolución 004877 de junio de 1994 (en la que en Instituto Nacional de Vías, hizo dicha declaración); el oficio 2013-306-003171-1 de la Agencia Nacional del Infraestructura (en el que se informó que la apertura al proceso se dio el 28 de junio de 1994 y el 22 de julio siguiente aceptó la propuesta de Icein y otros); y la carta DG 10904 de 22 de julio de 1994 (en la que se aceptó dicha propuesta), lo cierto es que no confrontó en tal ataque con las consideraciones del juzgador, que en modo

alguno puso en duda que el proceso licitatorio se inició en el año 1993.

Por el contrario, el *ad quem* dio por probada tal circunstancia, pero, no obstante, concluyó que aunque el contrato de concesión tuvo como pauta el citado trámite, en últimas la contratación directa fue consecuencia de una invitación que se realizó posteriormente.

El recurrente no señaló los puntos de conexión o enlace entre los medios demostrativos mencionados, con fundamento en los cuales se pudiera inferir de manera inequívoca una conclusión diversa, ni se demostró que su estudio fue aislado. En últimas, el reclamo se centró en la inconformidad en torno a las conclusiones que extrajo el juzgador de cada una de las evidencias, de las que discrepó, sin siquiera realizar *«el trabajo de concatenaciones, contradicciones, exclusiones y conclusiones»*[2] propias de la demostración de este yerro.

4. Para el supuesto de que el cargo estuviera bien formulado, la Sala observa que la decisión del Tribunal se ajustó a la ley y tuvo como sustento las pruebas recaudadas.

Consideró que el incumplimiento del *«Acuerdo Privado de Cesión de Derechos»* no fue demostrado. Respaldó tal conclusión en el contenido literal del citado documento, conforme al cual los actores, además de recibir el 5% de los

[2] CSJ. AC. sep. 11 de 2015, rad. 2010-00267.

contratos que allí relacionaron y la mitad de los *«activos contingentes»,* asumieron, junto con los demandados, la mitad de las obligaciones que llamaron *«pasivos contingentes»* con causa y origen anteriores al 31 de diciembre de 1993, hechos que fueron pacíficos en el proceso.

Como los demandantes debían asumir tales obligaciones, era necesario determinar las sumas que las partes se adeudaban entre sí, pues solo con tal certeza era posible establecer si existía, o no, una deuda a su favor. Tal evidencia no se allegó, razón por la que desestimó el *petitum.*

La parte actora reconoció en su demanda que recibió pagos, que adujo fueron parciales, pero, no obstante, no relacionó el *quantum* de los pasivos contingentes a su cargo. Los demandados alegaron que pagaron las sumas debidas, y que tuvieron en cuenta los pasivos que su contendiente no mencionó. Alegaron, incluso, que le debían dinero por tal concepto.

No obstante lo anterior, ningún medio de prueba permitió establecer que, atendiendo el mencionado cruce de obligaciones, las demandadas hubiesen incumplido lo acordado y adeudaran algo a los actores.

Los dos peritajes traídos al proceso no sirvieron para probar tales hechos, pues su elaboración careció de todo rigor. En efecto, los mismos expertos afirmaron que no

consultaron la contabilidad de Icein Ltda. El perito que elaboró el trabajo presentado por la parte recurrente, manifestó que sus cálculos tuvieron como fuente la información que los propios demandados le entregaron y que elaboraron *«a mano».* Además, que no tuvo en cuenta los pasivos contingentes, pese a que los mismos debieron atenderse, por haber sido asumidos por ambos extremos.

Las cifras resultantes, por lo tanto, fueron el fruto de la apreciación de datos inciertos o imprecisos, de los que no existe certeza alguna de fiabilidad. Las conclusiones de tales trabajos no fueron la consecuencia de la aplicación del propio discernimiento de los expertos sobre bases objetivas y verificables, y, por ello, la decisión no podía sustentarse en los mismos.

Además, aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio. La prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones. Incluso, el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso establece una sanción al litigante *«…en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios…»*, ello con el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013[3].

[3] Según dicha Corporación, la norma es exequible: *«bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado».*

En tal orden, y ante la falta de demostración del incumplimiento imputado a la parte demandada por los conceptos aludidos, debía negarse el *petitum,* tal y como lo hizo el Tribunal.

De otra parte, en lo que tiene que ver con las sumas correspondientes a la denominada *«Concesión Sabana de Occidente S.A.»*, se allegaron los oficios 2013-306-003171-1 (folio 953, cuaderno 1, tomo III) y 2013-704-003032-1 (folio 959, cuaderno 1, tomo III), ambos de la Agencia Nacional de Infraestructura.

La citada autoridad informó que la apertura de la licitación pública para dicho proyecto, de referencia 094 de 1993, fue el 21 de diciembre de 1993, y la misma se declaró desierta mediante la *«Resolución No. 004877 de 27 de junio de 1994».*

También indicó que en virtud del Decreto 855 de 1994 —año siguiente al estipulado por las partes como corte para la causación de los activos y pasivos contingentes—, el Invias, mediante oficio OC-9557 de 28 de junio de 1994, *«invitó a MARIO HUERTAS, CONCAY, ICEIN LTDA., ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., AGUILAR CONSTRUCCIONES Y CIA. LTDA., PAVIMENTOS COLOMBIA LTDA. Y CORFIGAN S.A. a presentar oferta dentro del proceso de contratación directa».*

Y luego, dicho ente, mediante oficio DG-10904 de 22 de julio de 1994 *«aceptó la propuesta hecha por MARIO*

HUERTAS, CONCAY, ICEIN LTDA., ESTUDIOS TÉCNICOS S.A., AGUILAR CONSTRUCCIONES Y CIA. LTDA., PAVIMENTOS COLOMBIA LTDA. Y CORFIGAN S.A., presentada para el Proyecto Santa Fe de Bogotá — El Vino, dentro del proceso de contratación directa».

De tales documentos se puede establecer, tal y como lo hizo el *ad quem,* que la invitación para la contratación directa se produjo en una fecha posterior al 31 de diciembre de 1993, hito temporal fijado por las partes en el contrato de cesión para el reconocimiento de los *«activos contingentes».*

Tal invitación, y posterior presentación de la propuesta, fueron la *«causa u origen»* del contrato No. 447 de 1994, pues la propuesta presentada en virtud de la licitación abierta el 21 de diciembre de 1993, y que es origen del reclamo por parte del recurrente, fue desestimada por no reunir los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

La eventual expectativa que el cedente podía tener en el marco de la licitación pública No. 094 de 1993, culminó cuando la misma fue declarada desierta mediante un acto administrativo cuya firmeza no fue cuestionada en el trámite.

Es decir, el contrato del que los actores persiguen beneficios, tal y como se deduce de los documentos citados, se concretó gracias a una invitación, presentación de una

propuesta y posterior aceptación de la misma, posteriores al 31 de diciembre de 1993, y, en consecuencia, no hizo parte de acuerdo supuestamente incumplido.

Entonces, la sentencia, confrontada con las evidencias y las posiciones asumidas por las partes a lo largo del trámite, respetó la ley y las garantías de los litigantes, y sus conclusiones no lucen desacertadas al punto de causar un quebranto a sus prerrogativas superiores, por lo que se mantendrá incólume.

5. Se condenará en costas a la parte recurrente, en aplicación del inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE:

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 19 de febrero de 2016, dentro del asunto referenciado.

Se condena en costas del recurso extraordinario al impugnante. Liquídense por Secretaría, incluyendo la suma

de $4.000.000,oo, como agencias en derecho a favor del no recurrente, en atención a que formuló oposición en esta sede.

Notifíquese.

LUIS ALONSO RICO PUERTA
(Presidente de la Sala)

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA