



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

AC4172-2019

Radicación: 11001-31-99002-2012-55580-01

(Aprobado en Sala de doce de junio de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra el auto de 26 de julio de 2018, admisorio de la demanda de Carlos Hakim Daccach, presentada para sustentar el recurso de casación que formuló, respecto de la sentencia de 21 de febrero de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso incoado por el recurrente contra Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, Angélica Patricia de la Torre Gómez, José Alejandro Sampedro Carreño, Daniel Alfredo Materón Osorio, Jaime Cano Fernández, Luis Miguel García Peláez, José Mauricio Rodríguez Morales, Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo González.

1. LOS ANTECEDENTES DEL LITIGIO

1.1. **Petitum.** Declarar que los demandados, en conjunto o por separado, o alguno de ellos, respecto de la

sociedad Gyptec S.A., como accionistas controlantes, incumplieron y extralimitaron los deberes de administradores, ejecutaron actos por fuera del objeto social e incurrieron en conflictos de intereses, en cada caso, con las súplicas principales, subsidiarias, consecuenciales y de condenas determinadas.

1.2. **Causa petendi.** El actor es socio directo minoritario del citado ente social.

En un proceso arbitral se ordenó a los interpelados restituir al actor cuatro acciones al portador de su propiedad, lo cual no han cumplido; y para pagar las costas allí causadas, además, honorarios y gastos personales y familiares, desviaron recursos y se hicieron préstamos.

Los demandados, a raíz de una frustrada escisión de uno de los bienes de la mencionada sociedad, perpetrada para distraerlo, según otra decisión judicial adoptada, diseñaron nuevas estrategias a fin obtener el mismo resultado, y mediante el pretexto de inyectar recursos frescos procedieron a vender activos inmobiliarios.

Las distracciones y hallazgos indebidos se encuentran discriminados y documentados en los dictámenes de Ana Matilde Cepeda y la empresa Deloitte. Además, fueron observados en los litigios referidos y testificados por la contadora de Gyptec, Raquel Castillo González, al punto que el Tribunal de Arbitramento ordenó a la autoridad competente adelantar las investigaciones administrativas.

Los convocados deben responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios irrogados tanto a Gyptec S.A. como a Carlos Hakim Daccach.

1.3. **Los escritos de réplica.** Los accionados se opusieron a las pretensiones, objetaron el juramento estimatorio y formularon excepciones perentorias.

1.4. **El fallo de primer grado.** La Delegada para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, el 8 junio de 2017, adoptó los siguientes pronunciamientos:

«Primero: Declarar que Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, José Alejandro Samper Carreño, Jaime Cano Fernández y José Mauricio Rodríguez Morales, incumplieron los deberes a su cargo como administradores de Gyptec S.A., al participar en operaciones viciadas por conflictos de intereses sin contar con la autorización exigida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 22 de 1995.

«Segundo. Declarar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos por cuya virtud Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow recibieron, de parte de Gyptec S.A., cuantiosas sumas a título de préstamos y anticipos, según el contenido de las tablas presentadas en el capítulo VII de esta sentencia.

«Tercero: Por virtud de lo anterior, ordenarles a Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow que paguen a Gyptec S.A. las sumas de \$980'965.653 y \$1.701'680,608, respectivamente, junto con los intereses que correspondan hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de estas obligaciones.

«Cuarto: Desestimar las demás pretensiones formuladas contra Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, José Alejandro Samper Carreño, Jaime Cano Fernández y José Mauricio Rodríguez Morales.

«Quinto: Desestimar todas las pretensiones formuladas contra Angélica Patricia de la Torre Gómez, Luis Miguel García Pelaéz, Daniel Alfredo Materon Osorio, Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo González».

«Sexto: declarar que prosperan las excepciones descritas en los capítulos VU y VII de esta sentencia».

1.4.1. En lo pertinente, el juzgador dejó sentado que los socios minoritarios tenían legitimación extraordinaria para ejercer acciones sociales contra los controlantes de una sociedad, siempre y cuando se orientaran a resguardar el patrimonio social, sin necesidad de obtener la aprobación de la asamblea general de accionistas o junta de socios.

Por ejemplo, frente al abuso del derecho al voto, precisamente, para impedir el ejercicio de una acción social de responsabilidad; los casos en que los controlantes trasgredían el deber de lealtad implícito en el postulado de la buena fe, con el fin de apropiarse de bienes sociales en perjuicio de las expectativas económicas de los minoritarios; y las nulidades absolutas de los actos o contratos ajustados violando el régimen de conflicto de intereses.

Un socio, en consecuencia, carece de acción para solicitar indemnizaciones a título personal. Por el *«solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica. Y tampoco puede el accionista actuar en su propio nombre, pues se trataría del ejercicio de una acción individual que solo se le otorga cuando el perjuicio (...) es personal, particular y no social».*

En ese orden, según el juzgador, las súplicas sobre las eventuales violaciones al deber de cuidado a cargo de los demandados debían negarse, por cuanto el demandante no podía solicitar una indemnización individual derivada de los perjuicios sufridos por la sociedad. En todo caso, «no [se] encontró indicios de la mayoría de las violaciones del deber de cuidado descritas en la demanda».

Lo mismo debía decirse de la extralimitación de funciones y la celebración de operaciones por fuera del objeto social, porque los hechos al respecto enrostrados «solo tendrían la virtud de lesionar directamente el patrimonio de Gyptec S.A.». No obstante, «tampoco es claro que hubieran acaecido las violaciones en cuestión».

Relativo a lo resuelto para restablecer el patrimonio de Gyptec S.A., al actor tampoco le asistía derecho a reclamar perjuicios en nombre propio, así tuviera legitimación en las nulidades absolutas demandadas, pues la distribución entre los asociados de las sumas recuperadas debía producirse, conforme a las normas vigentes en la materia, al momento de repartirse las utilidades.

1.4.2. En lo demás, el *a-quo* consideró que si bien de 24.503 registros contables existían 17.613 inmersos en conflictos de intereses, su invalidación era improcedente, al involucrar terceros que «no formaban parte del proceso».

Igualmente, que las condenas contra José Alejandro Samper Carreño, para entonces miembro suplente de la

junta directiva, no procedían, así haya incurrido en conflicto de intereses, al haber restituido la totalidad de las sumas recibidas a títulos de préstamos y anticipos.

Las pretensiones contra los contadores y revisores fiscales, Carlos Alberto Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo, correspondían desestimarse porque en calidad de terceros no se demostró su participación en el conflicto de intereses.

Los convocados Daniel Alfredo Materón Osorio, Angélica de la Torre y Luis Miguel García Peláez, debían absolverse. Aquél, al no acreditarse que ejerció las funciones de representante de Gyptec S.A.; la segunda, porque cuando fungió de suplente de la junta directiva no se hicieron a su favor giros cuestionables; y el tercero, al no demostrarse que participó en las operaciones viciadas.

1.4.3. Por último, el juzgador se guardó, «*se abstendrá*», dijo, de emitir condenas dinerarias contra Jaime Cano Fernández y José Mauricio Rodríguez Morales, porque las sociedades con las cuales éstos realizaron operaciones indebidas, «*no formaron parte de este proceso*».

1.5. **La sentencia de segunda instancia.** Conforme a los reparos concretos del recurso de apelación elevado por el demandante, únicamente, para el Tribunal:

1.5.1. El accionante, al pretender la «*recomposición patrimonial de la compañía*», no indicó ni probó que tenía la

vocería de Gyptec S.A.; y respecto de los perjuicios impetrados, no alegó que los sufriera de manera directa. Por esta razón, como se concluyó en el fallo apelado, las pretensiones elevadas en uno y otro sentido debían negarse.

Los reparos acerca de que no se resolvió sobre los aspectos puestos a consideración por no contar el *a-quo* con suficientes elementos de juicio y por dificultades conceptuales, para negarlos era suficiente la señalada ausencia de legitimación en la causa. En todo caso, en el fallo confutado se dijo que *«tampoco es del todo claro que hubieran acaecido las violaciones en cuestión»*.

Sobre la falta de integración del contradictorio con quienes fueron celebrados los actos o contratos afectados de nulidad absoluta, el tema había quedado zanjado en su momento, al decidirse que era innecesario llamarlos. En todo caso, no se configuraba el error, ante la omisión de *«pretensiones»* en la demanda en contra esos terceros.

Y no puede condenarse al pago de perjuicios derivados de los negocios viciados por conflictos de intereses, pues los *«elementos de convicción que obran en el expediente no son suficientes para establecer cuáles fueron los que se pudieron haber irrogado a propósito de los negocios que se declararon viciados de nulidad y de aquellos que pese a contar con tal defecto no se aniquilaron»*.

1.5.2. La condena contra Jaime Cano Fernández resultaba inviable, así no se hayan vinculado al proceso las

personas con las cuales éste celebró los negocios afectados, pues solo procedía por los “*perjuicios*” causados con «*dolo o culpa*», nada de lo cual fue probado, y las obligaciones impuestas a Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow, calificaban como simples restituciones mutuas.

1.5.3. El apelante solicita tener en cuenta el valor de los préstamos cuestionados y revisados en el dictamen de Price Waterhouse Coopers Asesores Gerenciales, salvo algunos de naturaleza laboral y los giros cuyo origen no se pudo establecer con absoluta certeza.

Empero, la polémica resultaba intrascendente ante la comentada falta de legitimación del actor. Además, porque la prueba «*debió desestimarse*», ante la inidoneidad de que quienes lo suscriben, pues uno era administrador de empresas, y el otro, carecía de título de contador público.

«Con todo, la censura tenía que debatir de manera concreta y específica, cuáles de los registros que se excluyeron, incidían en la decisión de segundo grado, mas no hacer un ataque panorámico». Fuera de esto, no era dable omitirse que «*en este escenario sólo se analizaron las operaciones viciadas por conflicto de intereses sin contar con la autorización exigida*», y a eso «*se restringió su legitimación, luego sobre otros tópicos no hay cosa juzgada*».

Los dictámenes de Ana María Cepeda y Deloitte, allegadas con el escrito genitor del proceso, no podían examinarse, puesto que el actor desistió de su mérito

probatorio *«en la media que aceptó la práctica de uno nuevo», «decisión que sin duda no contravirtió»*. Es más, con relación al experticio evacuado por la empresa Deloitte, la misma parte adujo que *«está incompleto (...) y no respondía a varios de los interrogantes planteados»*.

1.5.4. El reproche asociado con el demandado Daniel Alfredo Materón Osorio salía avante, al probarse que incumplió los deberes de administrador, suficiente, por sí, para dar al traste con sus excepciones, pero sin lugar a ningún reintegro toda vez que el beneficiario de los desvíos de dineros fue condenado en ese sentido, aparte de no haberse puntualizado *«cuáles de esos préstamos autorizados por el Dr. Materón no se dispuso su reintegro»*.

1.5.5. La responsabilidad de la *«contadora»* y de los *«revisores fiscales»*, era improcedente, dado que no ostentaban la calidad de administradores.

1.5.6. En ese orden de ideas, el Tribunal adicionó y modificó la sentencia apelada, en el sentido de declarar infundadas las excepciones propuestas por Daniel Alfredo Materón Osorio y hacer extensiva en su contra la responsabilidad, y la confirmó en lo demás.

1.6. **La demanda de casación.** El demandante recurrente formula siete cargos.

1.6.1. El primero, por violación directa del artículo 24 del Código General del Proceso, en cuanto pese a conferir el

precepto jurisdicción a la Superintendencia de Sociedades para resolver conflictos societarios y las diferencias entre accionistas o entre éstos y la sociedad o sus administradores, no es cierto, como explica a espacio, que no tuviera legitimación para formular algunas de las pretensiones, pues la norma autoriza la acción respectiva. Luego, al no resolver el Tribunal de fondo sobre el particular, el resultado fue una decisión abstencionista.

6.1.2. En el segundo, acusa la transgresión, recta vía, de los artículos 24 de la Ley 222 de 1995 y 1° y 5° del Decreto 1925 de 2009, al no declararse, como se prevé en las disposiciones, la responsabilidad solidaria e ilimitada de Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, Alejandro Sampietro Carreño, Jaime Cano Fernández, José Mauricio Rodríguez Morales y Daniel Alfredo Materón Osorio, respecto de los perjuicios causados, ni condenar a los cuatro últimos a su pago *«ni a restituir ningún monto»*.

En adición, porque pese a demostrarse con el dictamen de Price Waterhouse Coopers Asesores Gerenciales los perjuicios derivados de los negocios viciados por conflicto de intereses, para el juzgador no existían suficientes elementos de juicio a efectos de establecer los menoscabos irrogados, dejando así de aplicar la presunción de culpabilidad consagrada en tales normas.

1.6.3. En el tercero, denuncia la violación de la ley sustancial, como consecuencia de la comisión de errores de hecho probatorios.

En concreto, la «*apreciación defectuosa y la no apreciación*» de las pruebas, a saber: las distintas pericias; el interrogatorio de los demandados; los testimonios de Rocío Genecco, María Clemencia Rodríguez, Nohora Hakim Tawil, Brian Saker, Héctor Bedoya, Eduardo Lozano, Andrés Franco y Andrés Escobar; y los documentos exhibidos por las firmas Quijano & Ennis y Quijano & Asociados.

El dictamen de Price Waterhouse Coopers Asesores Gerenciales, porque al evacuarse por un equipo interdisciplinario, incluyendo «*contadores y financieros*», no era cierta la falta de idoneidad aludida por el *ad-quem*.

La experticia de Deloitte, al ver el Tribunal en forma equivocada que fue desistida. Por el contrario, si fue aportada con la demanda para ser estimada, se contradice la voluntad del actor; además, se desconoce que es prohibido renunciar a las pruebas evacuadas.

Si el juzgador, afirma la censura, hubiese apreciado en forma correcta los citados dictámenes y el de Ana Matilde Cepeda, en conjunto con los demás medios referidos, habría encontrado las irregularidades y la utilización indebida de recursos de Gyptec; y declarado la responsabilidad de la contadora y revisores fiscales, y de Angélica Patricia de la Torre Gómez y Luis Miguel García Pelaéz; inclusive, espetado condenas por sumas muy superiores.

Estas últimas, según quedó acreditado con las pruebas mal apreciadas, cual se detalla a espacio respecto

de cada convocado, en general, correspondientes a operaciones efectuadas por fuera del objeto social, pérdida de oportunidad, venta y gravámenes de activos, préstamos, anticipos, honorarios, comisiones, salarios inexistentes, pagos simulados e irregulares, avances, negocios con sociedades en las cuales los demandados tenían vínculos, pérdida de oportunidad y gastos personales y familiares (vivienda, servicios, administración, transportes, deportes, impuestos, colegios, tarjetas y licores, entre otros).

Con relación a los «*revisores fiscales*» y la «*contadora*», por cuanto al demostrarse con las pruebas singularizadas las graves «*irregularidades en la contabilidad*», no cabía duda que se debía declarar su responsabilidad, puesto que en la primera instancia se reconoció la competencia para el efecto y el «*Tribunal Superior no contradijo lo anterior*».

1.6.4. En el cuarto, prácticamente, con sustento en las mismas razones esgrimidas en el cargo anterior, acusa la comisión de errores probatorios de derecho, respecto de la apreciación de los dictámenes mencionados. Además, por no haberse valorado las pruebas en conjunto.

1.6.5. En el quinto, denuncia la comisión de un error de actividad, consistente en la incongruencia de la sentencia con lo suplicado, las excepciones estimadas y los hechos probados en el proceso.

En efecto, si el Tribunal declaró que los convocados incumplieron los deberes de administradores, no resultaba

consonante reconocer la excepción de inexistencia de las conductas reprochadas en la demanda.

Por otra parte, si el actor carecía de legitimación para formular varias pretensiones, por congruencia, no se podían resolver las excepciones correspondientes.

Finalmente, probado el incumplimiento imputado, las operaciones al margen del objeto social, la extralimitación de funciones y el conflicto de intereses, las pretensiones en su totalidad debieron reconocerse y las condenas fulminarse por las sumas mayores acreditadas. Además, imponerse a unos demandados la obligación de pagar solidaria e ilimitadamente los perjuicios causados; y a otros, declararse su responsabilidad con las condenas respectivas.

1.6.6. En el sexto, acusa la sentencia del Tribunal de estar viciada de nulidad, al no citarse a los terceros vinculados a las operaciones viciadas por conflictos de intereses y frente a las cuales se solicitó la nulidad absoluta, a la postre, en algunos casos no decretada, ciertamente, por la falta de integración del contradictorio.

1.6.7. En el séptimo, con fundamento en el artículo 336, *in fine*, del Código General del Proceso, acusa la violación de los derechos y garantías constitucionales.

Por una parte, al negar el Tribunal cierta legitimación en la causa activa, cuando el artículo 24, *ibídem*, la confería; en segundo lugar, ante la emisión de un fallo

inhibitorio, supuesta la comentada falta de legitimación; en tercer orden, al no resolver de fondo otras cuestiones; y por último, frente a la falta de integración del contradictorio.

1.7. **Los recursos de reposición.** Fueron formulados por Alejandro Hakim Dow y Gyptec S.A.

1.7.1. Para el primero, en general, el escrito presentado no pasa de ser un alegato de instancia, *«prueba de lo cual son las 215 páginas de su contenido»*.

En particular, respecto del cargo primero, la norma supuestamente violada, el artículo 24 del Código General del Proceso, es de naturaleza procesal y no sustancial; y del segundo, encauzado por la vía directa, transgrede el artículo 344, *ibídem*, pues para deducir la responsabilidad solidaria implica un análisis probatorio.

El cargo tercero, porque no es admisible, como se añora, sustituir al juzgador en la valoración probatoria; además, se incurre en confusión, pues denuncia la comisión de errores probatorios, pero también habla de incongruencia entre los fallos de instancia y la apelación.

No es técnico repetir la acusación que precede en el cargo cuarto *«frente a unas mismas pruebas, unas mismas normas sustanciales y unas mismas normas procesales»*; y tampoco pretenderse que la Corte *«se convierta en juez de segunda instancia en la apreciación de las pruebas»*.

La incongruencia formulada en el cargo quinto, se enarbola contra la sentencia de primera instancia y en alguno de sus apartes no se aprecia claramente si la providencia cuestionada es la del juzgado o del *ad-quem*.

Sobre la integración del contradictorio, aludida en el cargo sexto, el actor «*no demandó a quienes ahora reclama no fueron citados*»; y es improcedente, a manera de una tercera instancia, reabrir temas cerrados y debatidos.

El contenido del cargo séptimo, en armonía con lo previsto en el artículo 366, *in fine*, del Código General del Proceso, no encaja con el orden público ni con los derechos y garantías constitucionales; en adición, resulta improcedente reiterar aspectos ya planteados.

1.7.2. Para Gyptec S.A., los cargos no fueron expuestos en forma clara, precisa y concreta. La censura, simplemente, evoca las conclusiones esbozadas en primera instancia; y se trata de un ataque al fallo de la Superintendencia de Sociedades y no al del Tribunal, aludido solo de manera superficial o tangencial.

Mírese cómo «*en todos los cargos se concluye lo mismo: que probó los hechos de la demanda, que se debió haber declarado la responsabilidad de los demandados y que se debió condenarlos al pago de perjuicios*».

La norma citada como desconocida en el cargo primero, el artículo 24 del Código General del Proceso,

refiere competencia y no legitimación en la causa por activa; y en el cargo segundo, la violación directa de la ley sustancial se fundamenta en aspectos probatorios, además, la condena solidaria e ilimitada se asoció con los perjuicios y no con las restituciones derivadas de las nulidades de los actos viciados por conflicto de intereses.

En el cargo tercero, la mayoría de las conclusiones son propias del contenido de los dictámenes y no de las razones expuestas por el Tribunal para desestimarlos; la experticia informática no fue materia de la apelación; y los errores en la apreciación de los testimonios e interrogatorios no se demuestran ni se indica su trascendencia. En todo caso, todo ello es ajeno a los verdaderos pilares de la sentencia.

El cargo cuarto, inclusive el anterior, contiene reproches declarados desiertos por el Tribunal, por falta de sustentación, circunscribiéndose la apelación al fallo inhibitorio por desintegración del contradictorio, a la legitimación del actor, a las operaciones por fuera del objeto social y a la responsabilidad de los administradores.

La incongruencia acusada en el cargo quinto no puede sustentarse, como se hace, en si los hechos se encuentran o no probados, si las súplicas estaban llamadas a prosperar o si las excepciones debieron desestimarse, porque tales cuestiones son de juzgamiento y no de actividad.

El tema de la integración del contradictorio, referido en el cargo sexto, porque al quedar el punto resuelto por el

Tribunal a través de un recurso de súplica, en donde se consideró innecesaria la citación de terceros, ello resultaba irrelevante para la decisión.

La supuesta violación de los derechos y garantías constitucionales denunciadas en el cargo séptimo, no puede residir en el simple desacuerdo con el fallo recurrido. Menos cuando quien se dice agraviado ejercitó ampliamente las garantías de defensa y contradicción.

1.8. **El traslado de las reposiciones.** El demandante, se opone por separado a la prosperidad de los recursos, alegando que el artículo 24 del Código General del Proceso clasifica como norma de derecho sustancial, pues reconoce el derecho subjetivo de acción; y en lo demás, fincado en el auto admisorio de la demanda de casación, sostiene que éste reúne los requisitos formales, solo que los impugnantes distorsionan los cargos y formulan defectos técnicos que responden a apreciaciones subjetivas.

2. CONSIDERACIONES

2.1. El artículo 344 del Código General del Proceso, señala los requisitos que debe contener una demanda de casación, en orden a admitirla y resolverla de fondo.

La razón de ser de tales exigencias estriba en la naturaleza dispositiva y exceptiva del recurso, en cuanto responde a motivos previstos en forma expresa por el

legislador y se estructura en las precisas hipótesis normativas, de ahí el adjetivo de extraordinario.

Las formalidades, además, sirven para diferenciar y delimitar ese medio defensivo de las instancias ordinarias, en las cuales, al tener por mira el proceso como *thema decidendum*, las partes pueden discurrir libremente sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho controvertidas.

Esto, en cambio, no sucede en casación, pues su objeto preciso y directo lo constituye la sentencia impugnada como *thema decissum*, con fines nomofilácticos y de unificación jurisprudencial en procura de la coherencia del sistema jurídico, todo bajo la premisa de que el juzgador no se equivocó y que lo decidido ingresa a la Corte cobijado por la presunción de la legalidad y acierto.

El casacionista, por tanto, asido de las causales legales, debe circunscribir su actividad a desvirtuar dicha presunción; y la Corte, por su parte, a responder dentro del estricto marco propuesto, sin que, en línea de principio, le sea dado replantear acusaciones mal formuladas, suplir deficiencias o superar inconsistencias o inexactitudes.

2.2. En esa dirección, común a todas las causales de casación, el numeral 2º del precepto citado, exige formular los cargos por separado «*con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa*»; igualmente, tratándose de infracción de normas sustanciales, el párrafo primero, *ibídem*, demanda

señalar cualquier disposición de esa naturaleza que haya sido o debido ser la base esencial del fallo impugnado.

2.2.1. La «*exposición de los fundamentos*», permite identificar, entre otras cosas, si entre el juzgador y la censura existen discrepancias alrededor de lo resuelto.

Así, *verbi gratia*, tratándose de la violación directa de la ley sustancial, al impugnante le corresponde aceptar los hechos tal y cual fueron fijados por el Tribunal a través de las pruebas, puesto que por ese camino todo queda confinado a un problema de subsunción en las hipótesis normativas, en cuanto a su elección, aplicación y alcance.

En ese caso, como se tiene decantado, la Corte trabaja con los «(...) *textos legales sustantivos únicamente, y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una u otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos (...)*»¹.

2.2.2. La claridad refiere que las acusaciones deben ser inteligibles o fáciles de comprender, y no lo serían, por ejemplo, cuando se entremezclan causales, toda vez que al confundirse o refundirse, llevaría a hacerlas inentendibles, y por ahí derecho, a dificultar su contradicción.

Por esto, en punto de la violación directa de la ley sustancial, la acusación no tiene que «*comprender ni*

¹ CSJ. Civil. Sentencia de 20 de agosto de 2014 (expediente 00307) y autos de 28 de febrero de 2013 (expediente 00131) y de 23 de enero de 2018 (radicación 00536), entre otros muchos.

extenderse a la materia probatoria» (artículo 344-2, literal a), ibídem); y con respecto a las causales de incongruencia o de violación del principio prohibitivo de reformar en perjuicio del apelante único, los cargos «no podrán recaer sobre apreciaciones probatorias» (literal b) ibídem).

Al recurrente, por tanto, le corresponde señalar, en palabras de la Sala, «(...) la vía y la clase de yerro que se atribuye al ad quem y no abandonarse en su desarrollo el camino escogido»², pues si lo discurrido «(...) no cuadra ni con una ni con otra causal, en la medida en que tiene cosas de allá y de acá, su admisión es improcedente (...)»³.

2.2.3. El ataque completo, implica que el censor, amén de identificar cada una de las razones basílicas que, por sí, sostendrían la sentencia, debe confutarlas todas. De nada sirve, entonces, acertar en aquello y pecar en lo último, porque en esa hipótesis, los fundamentos que no se cuestionan seguirían prestándole base firme a la decisión.

2.2.4. La precisión, por su parte, requiere que exista correspondencia o simetría entre los argumentos nodales blandidos por el Tribunal y los confutados. En ese marco, el recurrente debe ser consonante, en el sentido de no desviar la atención a otras cuestiones. Si lo hace, *stricto sensu*, dejaría de acusar, en tanto, la sentencia se sostendría con los argumentos no reprochados.

² CSJ. Civil. Auto de 19 de febrero de 2010, expediente 03455.

³ CSJ. Civil. Auto de 19 de enero de 2010, expediente 00017.

Como tiene señalado esta Corporación, «(...) los cargos operantes en un recurso de casación únicamente son aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido»⁴, esto es, los que se dirigen «directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia»⁵.

En casación, un ataque preciso o enfocado requiere, al decir de la Corte, que «*guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia, habida cuenta de que si blanco del ataque se hacen los supuestos que delinea a su mejor conveniencia el recurrente y no a los que objetivamente constituyen el fundamento nuclear de la providencia, se configura un notorio defecto técnico por desenfoque*»⁶.

2.2.5. Señalar las normas sustanciales transgredidas constituye una formalidad esencial, porque en la hipótesis de errores probatorios, nada serviría constatar la presencia material de los elementos de juicio en el proceso o fijar su contenido objetivo, o darles su alcance jurídico, si no se indica dónde cabe el ejercicio de subsunción normativa; o si

⁴ CSJ. Civil. Sentencia 027 de 27 de julio de 1999; reiterada en fallos de 7 de septiembre de 2006 y de 19 de agosto de 2015, y en auto de 22 de agosto de 2011, entre otros muchos.

⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 19 diciembre de 2005 (radicación 7864); reiterada en fallo de 9 abril de 2008 (expediente 00435) y en autos de 29 julio de 2010 (radicación 00366) y de 30 de septiembre de 2013 (expediente 00326), entre otros.

⁶ CSJ. Civil. Sentencia de 26 de marzo de 1999 (CCLVIII-294), reiterada en autos de 19 de diciembre de 2014 (expediente 00147), 25 de febrero de 2013 (radicación 00228), y 30 de abril de 2014 (radicado 00084), entre otros muchos.

siendo pacífica una u otra cosa, cuál fue el precepto inaplicado, mal aplicado o indebidamente interpretado.

El incumplimiento de tal requisito dejaría el ataque en el vacío, al decir de la Sala, en doctrina que mantiene vigencia, *«(...) en la medida en que se privaría a la Corte, de un elemento necesario para hacer la confrontación con la sentencia acusada, no pudiéndose, ex officio, suplir las deficiencias u omisiones en que incurra el casacionista en la formulación de los cargos, merced al arraigado carácter dispositivo que estereotipa al recurso de casación»*⁷.

Por supuesto, no cualquier precepto califica como sustancial, sino únicamente, según tiene decantado la Sala⁸, el que declara, crea, modifica o extingue una relación jurídica concreta, esto es, cuando regula una situación de hecho, seguida de una consecuencia jurídica. Carecen de esa connotación, por lo tanto, las normas que definen fenómenos jurídicos o describen sus elementos, pues al ser tales, en línea de principio, no atribuyen derechos subjetivos; tampoco, por lo mismo, las que regulan determinada actividad procesal o demostrativa.

2.3. Con todo, la formulación de los cargos por separado en forma clara, precisa y completa, amén de fundamentados, o en general con el lleno de los requisitos formales, no conlleva ineludiblemente su admisión.

⁷ CSJ. Civil. Sentencia 145 de 1º de octubre de 2004, expediente 7736.

⁸ Cfr. Sentencia 071 de 29 de abril de 2005, expediente 0829, entre otras.

El artículo 347 del Código General del Proceso establece que *«aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales»*, hay lugar a inadmitirla, entre otros eventos, numeral 2º, *«[c]uando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión grave del ordenamiento»*.

La prerrogativa, al ser previa al *iudicim rescindens*, abrevia en el principio de economía procesal, pues si las faltas adjetivas enrostradas son inexistentes o no inciden en la validez del proceso, resulta desgastante impulsarlas procesalmente para llegar a un mismo resultado.

La selección negativa de las demandas de casación, desde luego, no atenta contra las garantías constitucionales y procesales de las partes. Con relación al recurrente, puesto que la decisión en ese sentido, responde a su intervención; y respecto del opositor en el trámite extraordinario, por cuanto ninguna consecuencia adversa le acarrearía, de donde su actuación resultaría superflua.

Del mismo modo, por razones constitucionales o convencionales para la protección de los derechos y garantías fundamentales, inclusive cuando es ostensible que la sentencia compromete gravemente el orden o el patrimonio público, bien podría la Corte seleccionarse positivamente una demanda formalmente deficiente (artículo 336, *in fine*, del Código General del Proceso).

2.4. En ese orden, pasa la Sala a examinar si los errores de procedimiento enrostrados en los cargos quinto y sexto son inexistentes, como se insinúa en las reposiciones.

2.4.1. Sobre la falta de integración del contradictorio, pacífico resulta que ciertas operaciones viciadas por el conflicto de intereses se dejaron de juzgar porque los terceros involucrados no fueron citados al proceso.

Lo anterior fue objeto de reproche en la apelación. El Tribunal, para confirmar lo decidido, contestó, por una parte, que el tema había quedado zanjado cuando se consideró que no era obligatoria su vinculación en el litigio; y por otra, ante la *«ausencia de pretensiones»* en el escrito genitor del proceso contra tales terceros.

En el cargo sexto se sostiene que *«sí existen pretensiones que vinculan a terceros y son todas aquellas operaciones que estaban viciadas por conflicto de intereses y frente a las cuales [se] solicitó la nulidad»*. De hecho, la existencia de esos terceros era conocida en el proceso.

Siendo cierto, en dirección de las reposiciones, que el *«recurrente no demandó a quienes ahora reclama no fueron citados»*, resulta claro que en ningún error adjetivo pudo incurrir el *ad-quem* al no resolver en pro ni en contra de tales terceros, porque la falta es imputable al interesado.

El juzgador, por tanto, no tenía camino distinto que proceder como lo hizo, pues cual lo tiene sentado la Corte,

en doctrina vigente, *mutatis mutandis*, «el proceso no es nulo en absoluto ni puede anularse para unas acciones y ser válido para otras»⁹. En ese caso, siguiendo las directrices de los antecedentes mencionados, el juez debe resolver de fondo en lo pertinente y abstenerse en lo demás.

Proceder en la forma como se añora en el cargo conlleva premiar el error del propio casacionista, al no identificar ni dirigir la demanda contra quienes concurrieron a celebrar algunos de los negocios y contratos impugnados. Por esto, el artículo 135 del Código General del Proceso, establece que «[n]o podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina».

2.4.2. En los términos de los artículos 281 y 282 del Código General del Proceso, en punto de lo postulado y alegado por las partes, la actividad del juez en el proceso se limita a los hechos (*causa petendi*) y a los objetos jurídicos (*petitum*), así como a las excepciones que aparezcan probadas, salvo las que no puede reconocer de oficio.

El demandado, por lo tanto, no puede ser condenado por cantidad superior a la solicitada, así exceda lo probado, ni frente a un objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

La incongruencia objetiva, tocante con el *petitum*, solo se predica de las decisiones estimatorias, y tiene lugar

⁹ Cfr. CSJ. Civil. Sentencia de agosto de 1995 (CCXXXVII-496/497), reiterando fallos de 31 de mayo de 1954 (LXXVII-726) y 11 de octubre de 1962 (C-109).

cuando el juzgador, al decir de la Corte, «peca por exceso o por defecto (*extra, ultra o mínima petita*)»¹⁰. De ahí que en la hipótesis de configurarse el error, para conjurarlo, todo queda confinado a reducir o a sumar faltantes, o a eliminar excesos, nada de lo cual es posible medir en las resoluciones absolutorias o inhibitorias.

Así, tratándose de deficiencia de las decisiones favorables, solo habría que completarlas, pero sin cambiar la argumentación jurídica o probatoria, porque si nada al respecto se procura, el error no sería de la conocida formalmente como parte resolutive de la sentencia, sino de su estructura o fundamentos, todo lo cual, como es conocido, es atacable en casación por caminos distintos.

Con relación a la incongruencia fáctica, esto es, lo asociado a la causa *petendi*, la distinción no aplica, pues si el vicio ocurre cuando el sentenciador sustituye los supuestos aducidos por las partes en apoyo de sus aspiraciones, la calificación del resultado (estimatorio, absolutorio o inhibitorio), es totalmente indiferente.

Lo anterior, porque ese yerro de actividad se estructura, al decir de la Corte, cuando el juez «*imagina o inventa hechos, pero no cuando los tergiversa*»¹¹. Esto último, por ser propio del «*error de hecho manifiesto y*

¹⁰ CSJ. Casación Civil. Sentencias de 25 de abril de 2005, expediente 014115, de 17 de junio de 2011, radicación 00591, y de 21 de junio de 2016, expediente 00043, entre otras.

¹¹ CSJ. Casación Civil. Sentencias de 3 de noviembre de 2010, expediente 03315, de 22 de abril de 2013, radicación 00187, y de 3 de noviembre de 2015, expediente 00201, entre otros.

trascendente en la apreciación de la demanda» o de «su contestación» (artículo 336, numeral 2° del Código General del Proceso).

Uno y otro yerro, como se observa, tienen naturaleza distinta y cada uno cuenta con gobierno autónomo en casación. La incongruencia, en sus diferentes vertientes, bajo la órbita de los vicios *in procedendo*; y la apreciación equivocada de la demanda y su contestación, atacable por la senda de los errores *facti in iudicando*.

2.4.3. Según el recurrente, la sentencia del Tribunal, *«no está en consonancia con las pretensiones de la demanda, las excepciones estimadas y los hechos probados en el proceso»*. Sin embargo, como pasa a verse, los errores de construcción de la decisión no se configuran.

2.4.3.1. Relacionado con los objetos jurídicos del proceso, el problema no se circunscribe a aumentar o imponer condenas, porque al margen de si se probaron o no los hechos en que se sustentaron las pretensiones, así para la censura lo estén, las decisiones adversas, material o formalmente, fueron argumentadas por el Tribunal.

Según explicó con amplitud, frente a la falta de legitimación del socio minoritario demandante para obrar en nombre de Gyptec, inclusive para pedir resarcimientos en su beneficio, salvo en materia de nulidades absolutas provenientes del conflicto de intereses, *«amén [de] que los perjuicios que depreca no alegó sufrirlos de manera directa»*.

Con relación a las indemnizaciones emanadas de las nulidades decretadas y de las que pese a contener el vicio no fueron reconocidas, porque aparte de la comentada ausencia de legitimación en causa, los *«elementos de convicción obrantes en el expediente no son suficientes para establecer cuáles fueron los que se pudieron haber irrogado»*.

Concerniente con la responsabilidad y la condena solidaria e ilimitada contra los demandados, porque la decisión solo procedía respecto de los perjuicios, en últimas negados, y no en materia de las restituciones dispuestas.

La falta de actividad denunciada, por tanto, es inexistente, pues de acuerdo con lo discurredo, es ajeno a la estructura de la incongruencia objetiva (tocante con el *petitum*), en coherencia con los reposicionistas, *«determinar (...) si las pretensiones estaban llamadas a prosperar»*, precisamente, porque todo ello se entronca con el juzgamiento del caso y no con un vicio de procedimiento.

2.4.3.2. La incongruencia fáctica (asociado con la causa *petendi*), igualmente es inexistente, porque en su configuración nada tiene que ver, como en general se alude en el cargo, con las *«pruebas»* de los *«hechos de la demanda»*, pues el error acaece únicamente cuando el juzgador inventa o imagina hechos, en sustitución de los expuestos por las partes y no cuando los tergiversa.

En otras palabras, según se afirma en uno de los escritos de reposición, la causal de casación en comento no

es camino correcto para establecer o *«determinar si los hechos alegados fueron o no probados»*.

2.4.3.3 Relativo a las excepciones que se declararon fundadas, en el lenguaje del casacionista, *«estimadas»*, el error también es inexistente, porque en el cargo no se acusa al Tribunal de acoger una defensa que debía ser rogada, como la *«prescripción, compensación y nulidad relativa»* (artículo 282, inciso 1° del Código General del Proceso), exactamente, las que no se pueden declarar de oficio.

Lo reprochado se entronca con la supuesta contradicción entre lo resuelto favorablemente al actor, Carlos Hakim Daccach, y las excepciones recibidas, en cuanto si se *«declaró la responsabilidad de los administradores de Gyptec por el incumplimiento de sus deberes»*, el Tribunal, no obstante, *«confirmó la declaratoria de prosperidad de algunas excepciones genéricas»*.

Así las cosas, le asiste razón a los reposicionistas, al sostener que por conducto de la incongruencia no es dable *«determinar (...) si las excepciones acogidas por el fallo recurrido debieron haber sido desestimadas»*, precisamente, porque si para eliminar la afirmada contradicción se tendría que declarar infundadas las excepciones que resultaron airoas y acoger todas las pretensiones, el problema no estaría en la decisión, sino en sus fundamentos.

2.5. En ese orden, indemne el Tribunal de los errores adjetivos que le fueron enrostrados, pasa a verificarse si el

recurrente, al formular los cargos primero, segundo, tercero y cuarto, incurrió en los defectos formales y de técnica mencionados en los recursos de reposición.

2.5.1. El artículo 24 del Código General del Proceso, denunciado como violado en la acusación inaugural, otorga jurisdicción a la Superintendencia de Sociedades para resolver, fuera de otros casos, conflictos societarios, así como las diferencias con los accionistas, bien entre ellos, ora con la sociedad, ya con sus administradores.

La norma, por lo tanto, acorde con lo discurrido en las reposiciones, carece de la connotación de sustancial, porque no declara, crea, modifica o extingue derecho subjetivo alguno, sino que, presuponiendo la existencia de los conflictos en comento, por lo tanto, regulados o gobernados en disposiciones sustanciales, simplemente señala la autoridad llamada a componerlos.

Esa otra normatividad, asociada con la legitimación en la causa que se echó de menos en las instancias, ha debido acusarse como transgredida, pero como no se hizo, el defecto formal surge patente. Por supuesto, el canon de la competencia, en efecto, fue observado, al punto que la autoridad investida de ella, la Superintendencia de Sociedades, conoció del caso, y bien o mal lo resolvió.

2.5.2. Con relación a los otros cargos, se precisa que una de las razones fundamentales esgrimidas por el Tribunal en dirección de decidir en la forma dicha, consistió

en que el demandante recurrente carecía de legitimación para pedir perjuicios en nombre de Gyptec, al paso que los reclamados no alegó sufrirlos en forma directa.

Así, relativo a los reparos formulados en la apelación asociados con que no se resolvió todo lo cuestionado, según la Superintendencia de Sociedades, al «no contar con suficientes elementos de juicio» y «por dificultades conceptuales», para confirmar la sentencia «era suficiente (...) la falta de legitimación en la causa del accionante».

En todo caso, no podía condenarse al pago de perjuicios, aspecto al cual aplicaba la solidaridad y no a las restituciones, a «propósito de los negocios que se declararon viciados de nulidad y de aquéllos que pese a contar con tal defecto no se aniquilaron», puesto que los «elementos de convicción que obran en el expediente no son suficientes para establecer cuáles fueron los que se pudieron haber irrogado».

Por otra parte, aunque el *ad-quem* se refirió al acervo probatorio, a los dictámenes periciales, por ejemplo, para desestimarlos, en lo relativo «a tener por acreditadas las transacciones que se realizaron por fuera del objeto social de la compañía Gyptec S.A., así como su monto», concluyó, con todo, que no había lugar a «enfilarse a tal menester, pues se reitera a riesgo de fatigar, el actor carece de legitimación en la causa para invocar el respectivo análisis».

2.5.2.1. Frente a lo anterior, el cargo segundo, no reúne los requisitos formales.

En efecto, se formula confusamente, pues relacionado con los perjuicios y la condena solidaria a su pago, al encauzarse por la vía directa, la censura debía aceptar que no había suficientes pruebas para establecerlos. Esto se desconoce, al sostenerse en la acusación que en el *«curso del proceso se probaron los perjuicios causados por los administradores por el incumplimiento de sus deberes»*.

Por otra parte, contiene un ataque incompleto, puesto que al lado de la falta de legitimación en causa por activa, el Tribunal, para abundar, al margen del acierto, consideró que la condena solidaria era procedente en materia de perjuicios y no en punto de las restituciones derivadas de las operaciones viciadas por conflictos de intereses.

En ese orden, la presunción de legalidad y acierto que cobija la sentencia impugnada fue atacada parcialmente, pues para que fuera completa, en cuestión de perjuicios, ha debido confutarse el argumento acerca de la ausencia de legitimación del demandante recurrente.

Si bien en el cargo primero se reprochó el particular, cierto es, lo fue indebidamente. Por esto, no hay lugar siquiera a contemplar la posibilidad de conjuntar ambas acusaciones, en aplicación de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 344 del Código General del Proceso¹²,

¹² Según el párrafo segundo: *«Cuando se trate de cargos formulados por la causal primera de casación, que contengan distintas acusaciones y la Corte considere que han debido presentarse en forma separada, deberá decidir sobre ellos como si se hubieran invocado en distintos cargos. En el mismo evento, si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá el conjunto, según corresponda»*.

(antes en el canon 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el recepto 162 de la Ley 446 de 1998), porque como tiene sentado esta Corporación, ello *«sólo tiene lugar tratándose de cargos formulados técnicamente, mas no de cargos que no lo son»*¹³

2.5.2.2. Lo anterior, igualmente se predica de los cargos tercero y cuarto, donde se denuncia, en su orden, la comisión de errores de hecho y de derecho probatorios.

El recurrente, luego de señalar los hechos que, en su sentir, se encontraban acreditados con los elementos de juicio existentes en la encuadernación, los cuales relaciona a espacio, en el cargo tercero, acápite *«incidencia de los errores»*, sostiene que para el Tribunal *«no se probó el perjuicio (...) causado por los demandados»*, pero que ello fue producto de *«una indebida apreciación de las pruebas»*, unas por cuanto *«no contaban con mérito probatorio»*, y otras, porque *«no descendió a su análisis»*.

En el cargo cuarto, el impugnante repite el ejercicio, respecto de ciertas pruebas, esta vez, enrostrándole al *ad-quem* errores de contemplación jurídica, finalmente, para mostrar que todos los convocados *«incumplieron sus deberes»* y que por esto ha debido *«declararse la responsabilidad de los administradores, los revisores fiscales y los contadores»*, y como consecuencia, condenarlos a pagar los *«perjuicios causados»*.

¹³ CSJ. Civil. Sentencias de 5 de mayo de 2000 (radicado 5256); 21 de febrero de 2001 (radicado 5882); y 5 de abril de 2001 (radicado 5897), entre otros proveídos.

Relacionados ambos cargos con el tema de los «perjuicios», surge claro que el cuestionamiento resulta incompleto, porque la desestimación de algunas pruebas no fue el único argumento que esgrimió el Tribunal para resolver de conformidad, sino que, atinente con tales «perjuicios», también razonó, bien o mal, que el demandante recurrente carecía de legitimación para reclamarlos.

Este último argumento, igualmente basilar de la decisión, en ninguno de los cargos se confuta, razón por la cual, al seguir amparado por la presunción de legalidad y acierto, es suficiente, por sí, para seguir sosteniendo la sentencia, independientemente de que se haya o no incurrido en los yerros *facti in iudicando* denunciados.

Desde luego, así se haya combatido en el cargo primero la concluida ausencia de legitimación en causa del demandante para reclamar perjuicios, empero, sin cumplir los requisitos formales, la Corte tiene explicado que en las acusaciones se deben combatir «todas y cada una de las apreciaciones jurídicas y probatorias que fundamentan la resolución»¹⁴, porque así se hubiere «fustigado debidamente» uno de tales razonamientos, «(...) el reproche antitécnico del otro argumento basilar, lo deja sin crítica alguna»¹⁵.

2.5.2.3. Como corolario, le asiste razón a los recurrentes en reposición al sostener que la «demanda de

¹⁴ Auto 034 de 12 de marzo de 2008, expediente 00271, reiterando doctrina anterior.

¹⁵ Auto de 1º de septiembre de 2008, expediente 2004-00201.

casación», amén de no ser «clara», es «desviada e imprecisa» y «no se refiere a los pilares de la sentencia impugnada».

2.6. En el cargo séptimo, se invoca el *«último inciso del artículo 336 del Código General del Proceso»*, por ser la sentencia del Tribunal *«violatoria de los derechos y garantías constitucionales»* del demandante.

Se advierte ante todo, así no se haya argumentado en las escritos de reposición, el precepto citado no instituye ninguna causal de casación. Lo que estatuye es que la Corte *«no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante»*, y la faculta para *«casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales»*.

El precepto, como se observa, contiene una regla de actividad dirigida a la Sala, en cuanto, sin perjuicio la aplicación restricta del principio inquisitivo, esto es, en los eventos expresamente contemplados, le impone proferir la sentencia de casación en consonancia con las causales de casación que hayan sido planteadas por el recurrente.

La norma, por tanto, no debe observarse previamente al *iudicium rescindens*, sino que se aplica al momento de resolver de fondo el recurso, por supuesto, frente a una demanda formalmente presentada, esto es, admitida a trámite y sustanciada hasta el estado de dictar sentencia.

La Corte tiene sentado que en la hipótesis de la *«casación de la sentencia, aún de oficio (...) esto supone que para arribar a ese estanco, esto es, al fallo mismo, lo relativo a una demanda formalmente idónea, fue superado»*¹⁶. En otra ocasión adocrinó que *«[e]s en la etapa del fallo, cuando se puede adoptar como instrumento de protección y de garantía de los derechos, la casación de oficio»*¹⁷.

En consecuencia, si los cargos formulados al abrigo de las causales de casación, no amerita recibirlos a trámite, contrario a lo dispuesto en el auto recurrido en reposición, esto trae como consecuencia, que lo planteado en el cargo séptimo queda sin piso alguno.

2.7. En todo caso, no hay lugar a observar lo previsto en los artículos 16 de la Ley 270 de 1996 (modificado por el artículo 7 de la Ley 1285 de 2009), y 336, *in fine*, del Código General del Proceso, precisamente, donde se consagran la casación oficiosa y la selección positiva de ciertos fallos.

2.7.1. Lo anterior, porque el simple hecho de haber obtenido el recurrente extraordinario decisiones adversas, no impone, en el ámbito constitucional o de convencionalidad¹⁸, adoptar los correctivos que sean necesarios en la fase que corresponda, pues para el efecto se requiere de la presencia de faltas superlativas que hayan trascendido a sus derechos y garantías supralegales.

¹⁶ CSJ. Civil. Auto de 10 de abril de 2014, expediente 00045.

¹⁷ CSJ. Sentencia de 5 de febrero de 2016, expediente 00043.

¹⁸ Convención Americana sobre de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada mediante Ley 16 de 1972.

2.7.1.1. En el campo adjetivo, no se observan, porque como se verifica, al interior de la actuación dicha parte mantuvo intactas las garantías de defensa y contradicción, al punto que, fuera de interponer los recursos procedentes contra las decisiones que se fueron adoptando, a lo largo de los cargos acepta que la Superintendencia de Sociedades garantizó ampliamente el debate probatorio.

Según el recurrente, *«admitió todas las preguntas relativas a determinar cuáles operaciones relativas a los sujetos de revisión del dictamen no eran parte del objeto social de la sociedad», todo lo cual «fue acompañado de interrogatorios, testimonios y demás pruebas».*

En la réplica a las reposiciones, el demandante evoca el tema, al decir, que el *«acervo probatorio resulta amplio (más de 250 carpetas componen el expediente)».*

Frente a lo afirmado en las reposiciones sobre la actividad probatoria del censor: adosó 54 documentos; solicitó 20 testimonios, 12 interrogatorios, inspección judicial (con revisión de 24.500 registros contables y más, 7494 correos, y 250 tomos), dictámenes (anexos a cientos de preguntas y 380 aclaraciones), en fin; simplemente contestó que el *«juicio y apreciación»* del cargo *«no es una causal de inadmisión de la demanda de casación».*

Por otra parte, porque como supra quedó explicado, los errores de procedimiento denunciados en el cargo quinto y sexto, consistentes en la falta de integración del

contradictorio y la emisión de un fallo abstencionista, de manera alguna se configuraron.

2.7.1.2. En el terreno de los hechos y de las pruebas, y en el campo puramente jurídico, no se encuentra allanado el camino para la protección nomofiláctica de un derecho subjetivo, porque lo concluido sobre la falta de legitimación en causa por activa para reclamar los perjuicios causados a un patrimonio social, también como abrazador en lo pertinente, derivados del incumplimiento de los demandados de sus deberes como administradores de la sociedad, no lo fue de manera inopinada.

Las decisiones de instancia, relacionadas con las limitaciones de los asociados para obrar en nombre del ente social, en efecto, se encuentran sustentadas en decantada jurisprudencia de la misma Superintendencia de Sociedades y en doctrina especializada, todo lo cual fue suficientemente citado y explicado en una y otra sentencia.

Lo anterior, por supuesto, no se desconoce en el contexto de la acusación. Sucede sí que, frente a los vacíos legales advertidos al respecto en las providencias que pusieron fin al litigio, el recurrente pretende superar tales vacíos, para que se le permita actuar sin restricción de ninguna índole, y no a los medios de defensa que se reconocen en la doctrina y en la jurisprudencia.

2.8. Reexaminados, en consecuencia, a propósito de los recursos de reposición, los requisitos formales de la

demanda de casación, encuentra la Corte que fueron incumplidos, razón por la cual, el auto que la admitió se debe revocar y, en su lugar, proceder como se dispone en el artículo 346, numeral 1° del Código General del Proceso.

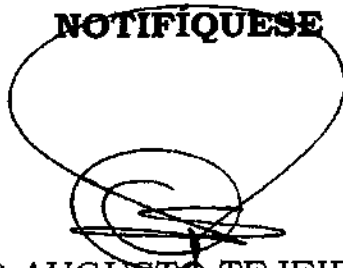
2.9. Se precisa, sin embargo, lo anunciado se adopta por la Sala, porque si bien el auto cuestionado fue proferido por el magistrado sustanciador, como tal, en los términos del artículo 342, inciso 3° del Código General del Proceso, susceptible solo de reposición, lo cierto es que, al tenor del supra citado canon 346, *in fine*, «[a] la Sala de Casación Civil le compete dictar el auto que inadmite la demanda».

3. DECISIÓN

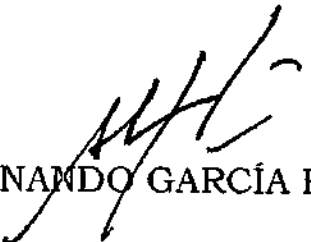
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, **revoca** el auto de 26 de julio de 2018, salvo el reconocimiento de personería; en su lugar, declara **inadmisible** la demanda en comento y **desierto** el recurso de casación de que se trata.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

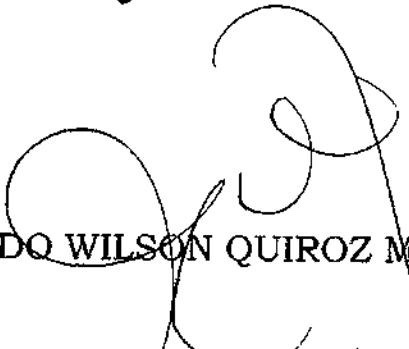
NOTIFÍQUESE



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
(Presidente de la Sala)



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



ARIEL SALAZAR RAMIREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

ACLARACIÓN DE VOTO

1. Aunque estoy de acuerdo con la decisión de inadmitir la demanda y declarar desierto el recurso, pues el mismo no reúne los requisitos formales que establece la ley, ni concurre alguno de los eventos que ella establece para que proceda la casación de oficio, no comparto las consideraciones que se hicieron en torno a las facultades oficiosas de esta Corporación.

2. El artículo 333 del Código General del Proceso establece que el fin del recurso extraordinario de casación es *«defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida»*.

Para tal propósito, el legislador otorgó a la Corte la facultad de casar oficiosamente y seleccionar positivamente las sentencias objeto de su pronunciamiento, tal y como lo establecen los artículos 16 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 7.º de la Ley 1285 de 2009, y el inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso.

Con tal normatividad atemperó el rigor que caracterizó al recurso de casación y puso de relieve que el mismo cumple el fin principal de atender la recta, verdadera y uniforme aplicación del derecho material en cada caso particular, lo que converge en el resarcimiento del perjuicio o agravio inferido a las partes y en la reparación del interés privado que resultó vulnerado con la sentencia.

Lo anterior significa no sólo la atribución de negarse a examinar el fondo del recurso cuando no se vislumbra ninguna conculcación a los fines de la casación —a pesar de cumplir el libelo con los requisitos de técnica—, sino también la potestad para escoger aquellas sentencias que se sean ostensiblemente contrarias al ordenamiento sustantivo; que vulneran flagrantemente los derechos constitucionales de las partes; que se apartan de la recta y uniforme interpretación de las normas; y, en fin, que justifican la intervención de la Corte para lograr la materialización del derecho sustancial, por mucho que la demanda no cumpla las exigencias de formulación.

El artículo 336 mencionado estableció que la Corte *«podrá casar la sentencia, aun de oficio»* en los casos aludidos, redacción en la que no excluyó la aplicación de tales facultades en etapas anteriores a la de proferir sentencia, como lo es, por ejemplo, el momento de la calificación de los requisitos formales de la demanda. Por lo tanto, aún si dicho libelo carece de las exigencias de forma y, por ende, no es apto para ser admitido, la Sala puede hacer uso de las facultades mencionadas, siempre y cuando se justifique su intervención por la concurrencia de los casos contemplados por la ley.

Para el ejercicio de la facultad aludida, por ende, no es necesario estar *«frente a una demanda formalmente presentada, esto es, admitida a trámite y sustanciada hasta el estado de dictar sentencia...»*, como se afirmó en la providencia, pues tal restricción no está referida en las normas que la instituyeron, ni guarda relación con los fines superiores para los cuales se estableció el recurso extraordinario.

Restringir la potestad oficiosa de la Sala para, tan solo, el momento de fallar, equivaldría a tolerar que subsistan decisiones violatorias de las garantías primordiales de los intervinientes, o que comprometan gravemente el orden o el patrimonio público, por el hecho de que la demanda no reúna los requisitos de forma, pese a que, precisamente, tal situación fue la que se quiso precaver con la reforma.

Tal limitación tampoco fue contemplada en la ley 270 de 1996, que en su artículo 16 estableció que la Corte podía *«seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento»*, para los fines allí indicados, sin ninguna limitación.

En tales términos dejo aclarado mi voto.

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado