OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC069-2023

Radicación n° 11001-31-03-005-2017-00051-01

(Aprobada en sesión del dos de marzo de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Fabio Arturo Jaramillo Guzmán frente a la sentencia de 12 de febrero de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso verbal adelantado por Swiss Investment Limited contra el impugnante y Aurelio Aguirre Sanín.

I.- EL LITIGIO

1.- La promotora, en ejercicio de acción de dominio, pidió que los poseedores demandados restituyan el predio La Preferida, «*descontada la parte que se enajenó a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, mediante la Escritura Pública No. 1148 de 6 de diciembre de 2010 de la Notaría Única de Cota Cundinamarca, el cual una vez reciba materialmente (…) debe entregar la parte que le corresponde a la citada entidad*», localizado en la calle 17 #

133-09 de la nomenclatura urbana de Bogotá, con folio de matrícula 50C-0024404, con los frutos «*naturales o civiles*» percibidos y «*los que la propietaria hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado (…) desde el momento de aprobación del Contrato de Transacción, en el cual inicia la posesión irregular*», además de las reparaciones «*que hubiere sufrido la demandante por culpa de los poseedores*», sin lugar a indemnizar expensas necesarias; y la cancelación de cualquier gravamen «*constituido por cuenta de los promitentes compradores incumplidos y aquí demandados*».

Informa como sustento de sus aspiraciones que adquirió el inmueble por compra a Josef Otto Eichmann Dingler, por medio de escritura 2065 de 9 de septiembre de 2003 de la Notaría 41 de Bogotá y contaba con una extensión de 5 Has 3.500,25 m², que recibió desde el 20 de junio previo.

El 11 de octubre de 2007 prometió en venta el fundo a Jaime Restrepo Marulanda, Aurelio Aguirre Sanín y Fabio Arturo Jaramillo Guzmán por $4.800’000.000 «*o su equivalente en dólares americanos*» de los cuales se declararon recibidos $1.000’000.000 o U$500.000 a la firma del documento y la diferencia se fraccionó en $1.000’000.000 o U$500.000 a cubrir el 3 de diciembre siguiente y $2.800’000.000 el 1 de abril de 2008, más $50’000.000 por los intereses de febrero y marzo, pero que de sufragarlos antes del 1° de febrero «*se aplicaría una tasa de descuento del uno por ciento (1%) mensual sobre el monto aquí señalado*

y por los meses anticipados de pago»; con la advertencia de que el instrumento de traspaso se firmaría el 1 de abril de 2008. Se pactó una cláusula penal de $1.000'000.000 y que el abono inicial se constituía en «*arras confirmatorias*». También se contempló la posibilidad de que los promitentes compradores adquirieran en esa última data el 100% de las acciones de Swiss Investment Ltd.

Se satisfizo oportunamente la segunda cuota, pero en vista de que el inquilino Osmar Arias que ocupaba el bien tuvo dificultades para hacer entrega del mismo a los adquirentes, fue postergada para el 1° de julio de 2008 y se amplió a esa fecha el pago de la última cuota, así como el otorgamiento de la escritura, pero con la cesión a estos de los ingresos por renta de abril, mayo y junio, «*acordándose que la participación sería negociada con el inquilino*».

El 27 de junio de 2008 se firmó un segundo otrosí con la firma de Fabio Arturo Jaramillo Guzmán, para ejercer la opción de compra del 100% de las acciones y fijar la «*entrega material del inmueble a más tardar el 29 de agosto de 2008*», cuando se perfeccionaría lo primero y se atendería la suma pendiente, pero en esa ocasión se suscribió con dicha persona un tercer otrosí postergando la entrega para el 5 de septiembre de 2008 y el «*pago total de las acciones*» al 29 de octubre «*cambiando de esta manera el objeto del contrato, donde ya no se trataba del inmueble enajenado*» por «*2.608.000.000.oo de pesos más intereses del 2% mensual a*

partir del 29 de agosto de 2008, toda vez que el día 29 de agosto de 2008 (sic) se canceló la suma de $250.000.000 como abono al valor establecido en el otrosí anterior».

Aunque se cumplió con la «*entrega del predio y de las acciones de la Sociedad dueña del predio, en un 20 por ciento de las mismas, en la fecha finalmente indicada, 5 de septiembre de 2008*», los promitentes compradores no atendieron su compromiso ya que solo abonaron $460'000.000 en tres contados ($110'000.000 el 3 de diciembre de 2008, $200'000.000 el 23 y $150'000.000 el 24 subsiguientes), restando $2.410'000.000 que incluían los $50'000.000 de «*febrero y marzo de 2008*».

En la conciliación por incumplimiento que se intentó en la Cámara de Comercio de Bogotá el 3 de septiembre de 2009, se enteró de que Aurelio Aguirre Sanín y Fabio Arturo Jaramillo Guzmán le cedieron a Jaime Restrepo Marulanda los derechos adquiridos en la promesa de venta, por lo que se dirigió contra este acción de resolución con indemnización de perjuicios y restitución del predio «*que le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá D.C. con el radicado 110013103002201O-00296-00*».

El anterior trámite resolutorio terminó por acuerdo extraprocesal a que llegó con Jaime Restrepo Marulanda el 14 de septiembre de 2010, donde transaron en que el último, «*único titular como parte promitente compradora*» incumplió el

pago de $2.410’000.000, por lo que resolvían la promesa y la promitente vendedora aceptó devolver $2.710’000.000, de los cuales se entregaron a Restrepo Marulanda $1.710’000.000 luego de descontar los $1.000’000.000 de cláusula penal que fue reconocida. Adicionalmente, en «*una decisión poco razonable*» convinieron que la sociedad adelantaría las gestiones «*para recuperar la posesión material de dicho bien inmueble*» a su costo, cuando la cesión de derechos debía incluir dicho señorío, fuera de que renunció a cobrar «*los frutos civiles y naturales producidos*», así como los perjuicios por lucro cesante y daño emergente «*generados hasta el momento de la transacción*». Lo que no se indicó fue quién «*tenía la posesión material del predio, a pesar que se sabía que era el arrendatario Osmar Ángel Arias Acuña*», quien «*se había puesto de acuerdo con los otros dos promitentes compradores para detentar y explotar el inmueble objeto de enajenación*».

A la culminación de dicho pleito Aurelio Aguirre Sanín y Fabio Arturo Jaramillo Guzmán formularon denuncia por fraude procesal contra Josef Otto Eichmann Dingler, representante legal del ente jurídico, y presentaron escrito de tutela con radicado 11001220300020110018 4 contra el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, donde admitieron tener la posesión del inmueble desde septiembre de 2008, así como el 20% de las acciones, y expusieron que la cesión de sus derechos había sido exigida por la sociedad, pero la revocaron con posterioridad, por lo que se ve

doblemente perjudicada ya que desembolsó $1.710’000.000 sin que obtuviera la devolución del predio.

Mediante escritura 1148 de 6 de diciembre de 2015 de la Notaría Única de Cota, le vendió a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, «*una fracción del predio de 5.716,70 m²*», dejando constancia del área restante y quedando pendiente la entrega «*por la posesión irregular que ejercen los aquí demandados*» (fls. 155 a 196 cno. 1).

2.- Fabio Arturo Jaramillo Guzmán se opuso y excepcionó la inoponibilidad de la transacción suscrita entre Jaime Restrepo y Josef Otto Eichmann, así como la «*improcedencia de la acción reivindicatoria en razón a que la posesión que ostentan los demandados es de origen contractual*» (fls. 240 a 257 cno. 1).

Aurelio Aguirre Sanín se pronunció en similares términos y planteó iguales defensas, además de la «*improcedencia de la acción reivindicatoria por cambio del objeto del contrato de promesa de compraventa de un lote a compraventa de una sociedad comercial*» (fls. 300 a 318 cno. 1).

3.- El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia de 2 de septiembre de 2019, advirtió que estaban presentes los supuestos de la acción de dominio, entre ellos la individualización del bien ya que la CAR ya tiene en su

poder la sección segregada, y si bien los contradictores ejercen posesión «*en cumplimiento del contrato preparatorio (…) al resolverse el mismo por quienes tenían la potestad de hacerlo, en virtud de una cesión debidamente acreditada, los pretensos poseedores quedaron sin respaldo contractual para alegar posesión*», por lo que se desestimaron las excepciones y se accedió a la reivindicación (fls. 502 a 510 cno. 1).

4.- Los opositores apelaron insistiendo en que recibieron la posesión en virtud de un contrato sin que fueran convocados al trámite donde se tuvo por resuelto y a pesar de que quienes comparecieron al mismo estaban enterados de la revocatoria de la cesión de sus derechos que habían hecho a uno de ellos, fuera de que se resolvió un pacto preparatorio que ya había mutado a uno de naturaleza diferente por referirse a la adquisición de la sociedad y, por último, «*el bien objeto de reivindicación no fue plenamente identificado, por cuanto no se probó qué porción de terreno es respecto de la cual (…) detentan posesión, se confunde un predio con el vendido a la CAS* (sic)*, y el demandante pretende reivindicar un terreno cuyo titular inscrito del dominio es la CAR*» (fls. 519 a 530 cno. 1).

5.- El *ad quem* confirmó la determinación de primer grado y los vencidos interpusieron recurso de casación (anotación 15 expediente digital segunda instancia).

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Los argumentos de los inconformes no logran socavar lo resuelto por el *a quo* «*porque si bien la posesión del inmueble ubicado en la Calle 17 No. 133-09 de Bogotá fue obtenida por los demandados en virtud de un contrato de promesa de venta, también es cierto que con posterioridad y en atención a las particularidades en que se desarrolló la relación de negocios, tal vínculo jurídico fue resuelto*», dando vía a la acción de dominio, sin que pueda decirse que el mismo hubiera perdido eficacia porque se agotó el objeto o que los «*otro sí celebrados se puedan catalogar como negocios independientes, ajenos a la inicial intención de los contratantes que en esencia fue la transferencia del dominio del inmueble*».

En la apelación no se desconoce la posesión ejercida por los contradictores, sino que afirman que «*la entrega del predio y el ánimo de propietario se derivó de un contrato de venta de acciones, en contraposición a la postura del a-quo, para quien ese hecho, de cardinal importancia, partió de la celebración del contrato de promesa de venta del inmueble*», como admitieron al pronunciarse sobre el «*hecho quincuagésimo de la demanda*» y lo reiteraron en los argumentos de una de las defensas así como al absolver el interrogatorio Fabio Aurelio Jaramillo Guzmán.

Si bien es condición de éxito de la reivindicación la ausencia de contratos entre las partes «*dada su naturaleza extracontractual*», en este caso los efectos del nexo

preexistente no se extienden a los recurrentes que dejaron de participar del mismo, fuera de que ese negocio jurídico «*decayó por el propio acuerdo al que llegaron sus contrayentes, tanto la promitente vendedora, como el pretenso comprador Jaime Restrepo Marulanda, habilitado para disponer del derecho en virtud de la cesión de contrato que a su favor realizaron Fabio Arturo Jaramillo Guzmán y Aurelio Aguirre Sanín*», como manifestaron ellos en declaración extrajuicio de 27 de agosto de 2009 y está por fuera de discusión.

El descontento radica en la notificación que se hizo de la revocatoria de la cesión, pero en el documento allegado los cedentes por su propia iniciativa y sin intervención del cedido «*expresaron "declaramos nula la Declaración Extrajuicio antes citada"*», cuando «*la atestación sobre la invalidez de una cesión contractual, si es que ello fuera posible de modo unilateral y se le pueda dar tal connotación a la prueba en mención, es del resorte exclusivo de un Juez de la República y mediante una sentencia judicial*», por lo que no se le puede dar tal alcance y «*ningún efecto podría haber surtido sobre las personas -natural y jurídica-que continuaron como partes en el iter negocial*».

Precisamente la cesión dio paso a que se demandara la resolución del contrato y la transacción con que culminó la pendencia con el reconocimiento por Jaime Restrepo Marulanda del «*desacato contractual*» y la aceptación de que

del precio pagado se descontara la cláusula penal, quedando por cuenta de Swiss Investment Limited la recuperación de la posesión material del inmueble «*en razón a que la tenía un tercero*», resuelto de mutuo acuerdo el negocio y «*solucionado 'cualquier tipo de litigio'*», lo que convalidó el «*Juzgado de conocimiento en auto de 23 de septiembre de 2010*», surtiendo efecto de cosa juzgada y posibilitando «*el proceso acá iniciado con el propósito de obtener la recuperación de la posesión*».

No tienen cabida discusiones sobre «*la presunta compra de* acciones» por ser ajenas a la «*acción real de dominio*» y ya que la posesión surgió fue de la promesa de venta del bien resuelta, donde solo se previó como una mera opción adquirir dicha participación en la sociedad y también se diluyó con «*la resolución de ese contrato por falta de pago e "incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el contrato de compraventa"*», con lo que «*queda desvirtuada la subsistencia de estipulaciones referidas al desarrollo paralelo de una eventual adquisición de acciones, y de suyo, roto cualquier efecto ultractivo de las cláusulas del contrato resuelto*», máxime cuando los otrosí son pactos posteriores que ajustan o modifican el contrato y se integran a él conformando una sola obligación «*de manera que las partes deben cumplir lo estipulado en el contrato, visto como uno solo con lo que diga el otrosí*» y así se indicó en CSJ SC 1 oct. 2004, rad. 7560.

Lo anterior se «*acentúa si se tiene en cuenta que la citada*

compra de acciones no fue un aspecto exclusivo de los otrosí (sic)*, por el contrario, fue una alternativa que desde los albores de las negociaciones se discutió como una forma marginal para que los aquí demandados se hicieran con la propiedad del predio*» y no se podía entender ajena a la promesa de compraventa del inmueble.

Por eso mismo tampoco es de recibo que «*el objeto de la promesa de compraventa se agotó con la alegada enajenación de acciones, toda vez que cualquier efecto posterior quedó resuelto por mutuo acuerdo de los sujetos contractuales facultados para cesar las obligaciones y bajo los parámetros ya decantados*», perdiendo efecto «*todos los débitos adquiridos (incluidos los pactados en los otrosí)*», así que al haberse transado lo inherente a aquel «*no podrían pervivir de modo aislado las estipulaciones de un otrosí para frustrar la recuperación del predio en poder de poseedores que, dadas la cesión y resolución del contrato que fuera fuente de su detentación, desde entonces quedaron sin un respaldo contractual y de suyo sujetos pasibles de la acción dominical*».

III.- DEMANDA DE CASACIÓN

A pesar de que ambos opositores impugnaron por este extraordinario medio de contradicción, por auto de 13 de septiembre de 2022 se declaró desierto respecto de Aurelio Aguirre Sanín.

Por su lado, Fabio Arturo Jaramillo Guzmán planteó un

solo ataque por la segunda causal del artículo 336 del Código General del Proceso.

ÚNICO CARGO

Denuncia la vulneración indirecta por falta de aplicación de los artículos 1501, 1602, 1618 y 1849 del Código Civil; el 1611 de la misma codificación, derogado por el 89 de la Ley 153 de 1887; y 2, 29 y concordantes de la Constitución Nacional, como producto de «*error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de unas determinadas pruebas, por falso juicio de identidad, al ser objeto de tergiversación en su contenido material*».

Los medios de convicción sobre los cuales recaen las equivocaciones son la Promesa de Compraventa de 11 de octubre de 2007; los tres otrosíes, el primero sin fecha y los otros dos de 27 de junio y 29 de agosto de 2008, respectivamente; y el contrato de transacción de 14 de septiembre de 2010.

El primer documento contiene dos negociaciones «*compraventa del inmueble o compraventa de las acciones, para un mismo resultado, la transferencia del inmueble*», pero en la cláusula tercera del primer otrosí «*se celebra un contrato de compraventa*» en el que se acordó «*una cesión de acciones de la sociedad, precisamente el 20%*» que pasó a ser de los compradores, lo que «*les da derecho sobre el inmueble en un*

20%, pues el inmueble es el único activo de la sociedad», tan es así que «*si los promitentes compradores no optaban por el resto de las acciones, entonces asumirían proporcionalmente los costos en proporción a su participación en la sociedad, que hasta este momento era de un 20%*».

Ya en el segundo otrosí figura «*la venta del resto de las acciones de la sociedad, pues si como cláusula en la promesa era una opción, esto es, una promesa, con el otrosí del 27 de junio del año 2008, es una realidad, es una materialización, es una opción de lo prometido, esto es, la compra de las acciones, haciéndose efectiva*», mientras que en las tres primeras cláusulas del otrosí de 29 de agosto siguiente se fijó la fecha de entrega de la posesión el 5 de septiembre postrero, que se hizo efectiva; que el pago total de las acciones se haría el 29 de octubre de la misma anualidad y en esa data se entregarían el 100% de la participación societaria, lo que corresponde a «*cumplimientos de la compraventa de las acciones, todo se refiere a pagos de lo ya vendido, que eran otras cosas que las acciones de la sociedad y por ende del inmueble porque él era el activo de la sociedad*», sin que para entonces existiera ya la promesa de compraventa porque se había escogido la segunda opción con la claridad de que «*la compraventa de acciones es consensual y no necesita de solemnidades como la compraventa de un inmueble, opción que tomaron las partes porque de esa manera no tenían que pagar gastos notariales y otros más*». Estos dos otrosíes solo fueron firmados por Fabio Arturo Jaramillo Guzmán.

La transacción de 14 de septiembre de 2010 solo tuvo por objeto «*dar por terminado el proceso No. 2010-00296, que cursó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, ordinario de Responsabilidad contractual, cuya primera y principal pretensión era decretar la resolución del contrato de promesa de compraventa*», sin que se refiriera a los agregados posteriores y cuando «*la promesa de compraventa que se creyó destruir con este proceso, ya no existía porque uno de los contratos prometidos ya se había celebrado, esto es, la compraventa de las acciones de la sociedad Swiss Investment Limited*», fuera de que Jaime Restrepo Marulanda no podía «*anular o dejar sin efecto*» lo que solo había firmado Fabio Arturo Jaramillo Guzmán.

El desatino del *ad quem* consistió en considerar como «*un solo negocio jurídico la promesa de compraventa y los otrosí*» y que resuelta la primera sucedía lo mismo con los otros, «*soslayando que se trata de dos negocios jurídicos distintos*» y que «*la compraventa de las acciones se había consumado y seguía y sigue vigente, razón por la cual la reivindicación no procedía hasta que se destruyera esa compraventa de las acciones*», lo que no quedó incluido en la «*cesión que se hubiese dado por parte de los aquí demandados*» y que «*hoy continúa incólume y vigente*», constituyéndose en un obstáculo insalvable para la reivindicación.

CONSIDERACIONES

1.- La gestora ejerció la acción de dominio en contra de los actuales poseedores de un predio que entregó en virtud de un «*contrato de promesa de compraventa*», que se tuvo por resuelto previamente en virtud de un acuerdo de transacción al que llegó con uno de los pactantes en calidad de cesionario de todos los derechos de los otros dos promitentes adquirentes.

El opugnador Fabio Arturo Jaramillo Guzmán se mostró renuente porque a su criterio «*no se ha resuelto la suerte de la promesa de compraventa suscrita*» por él con la reivindicante y ya que actuó de mala fe al promoverla. Al pronunciarse sobre los hechos sexto a décimo tercero de la demanda admitió la celebración del «*contrato de promesa de compraventa*» y sus estipulaciones, lo que también hizo respecto de la firma de los tres otrosíes de que tratan los hechos décimo cuarto a décimo octavo, añadiendo que se atiene a lo que allí quedó plasmado[1]. Ya en las defensas se limitó a que no le era oponible «*la transacción suscrita entre Jaime Restrepo y José Otto Eichmann*», en vista de que con antelación había revocado la cesión de derechos que había hecho al primero y ambos estaban enterados de tal situación; mientras que la «*improcedencia de la acción reivindicatoria en razón a que la posesión que ostentan los demandados es de origen contractual*», esto es, «*un contrato de promesa de compraventa que une a las partes aquí en litigio*» y que

1Fls. 241 y 242 cno. 1.

«*tratándose de quien aquí pretende reivindicar y quien finge como poseedor pero a la vez promitente comprador en la promesa de compraventa, aún no ha sido objeto de debate judicial*» ya que «*la transacción de que se habla en los hechos de esta demanda, no le es oponible*» porque no fue parte en ella y si en gracia de discusión ese negocio «*estuviera resuelto, lo cierto es que la restitución del inmueble no se logró a través de la acción contractual y no se logró precisamente porque (…) no se les vinculó en tal juicio*»[2].

Como puede verse ninguna observación hizo dicho contradictor sobre la sustitución del objeto negocial ni los actos de perfeccionamiento de algún acuerdo de reemplazo, lo que en forma somera expuso exclusivamente Aurelio Aguirre Sanín al complementar iguales excepciones con la de «*improcedencia de la acción reivindicatoria por cambio del objeto de contrato de promesa de compraventa de un lote a compraventa de una sociedad comercial*» bajo el entendido de que el pacto inicial «*mutó por expresa voluntad*» de las partes que intervinieron en la promesa «*a un contrato de compraventa de la sociedad Swiss Invesment Limnited, respecto de la cual el señor Aurelio Aguirre Sanín y Fabio Jaramillo Guzmán ya han pagado más del 40% de las acciones y a consecuencia de ello tiene en su poder el 20% de las acciones físicas de dicha sociedad*» que fueron entregadas «*dado los abonos que respecto de la compra se hizo*», para lo cual aportó «*correos electrónicos a través de los cuales el*

2Fls. 249 a 256 cno. 1.

Señor Otto Eichman inició los trámites para transferir dicha sociedad (…), incluso programando un viaje a la ciudad de Panamá donde fueron presentados como socios ante la firma Morgan y Morgan encargada de hacer los trámites de transmisión de la sociedad», los cuales «***no terminaron y que deberán continuar una vez se resuelva el conflicto que entre los ahora socios ha surgido***»[3]

A pesar de que la contestación fue individual, como ambos opositores estaba representados por el mismo apoderado eso justifica que al expresar el descontento común frente a la determinación adversa de primer grado aunara en un solo escrito todos los reparos, sin que con ello se consolidaran las posiciones que ya habían quedado delimitadas al pronunciarse dentro de la oportunidad procesal pertinente[4].

No obstante, si bien el vocero judicial de Aurelio Aguirre Sanín y Fabio Arturo Jaramillo Guzmán interpuso casación en nombre de ambos, solamente lo sustentó para Fabio Arturo Jaramillo Guzmán y eso condujo a la declaratoria de deserción respecto de Aurelio Aguirre Sanín por CSJ AC de 13 sep. 2022 en este asunto, lo que implicaba la completa aceptación de éste del resultado desfavorable concordante de las instancias y la renuncia a sus defensas, así como la restricción del campo de acción de su litisconsorte a lo que

3Fl. 315 cno. 1.

4Fl. 519 a 530 cno. 1.

este adujo en su oportunidad, sin que pudiera apropiarse de los planteamientos de otros actores procesales.

Quiere decir lo anterior que al desarrollar el impugnante por esta vía excepcional el único cargo bajo el supuesto de que incurrió el Tribunal en error de hecho por considerar «*un solo negocio jurídico la promesa de compraventa y los otrosí (…) soslayando que se trata de dos negocios jurídicos distintos*», está enarbolando unos argumentos que le son ajenos y resultan novedosos, por lo que le está vedado a la Corte ahondar sobre los mismos.

Aún de admitírsele acoger tal razonamiento, que se reitera fue abandonado por quien lo trajo a colación en el pleito, de todas maneras recae en el mismo defecto pues, en contravía de que Aguirre Sanín solo indicó que «*los trámites de transmisión de la sociedad (…) no terminaron y que deberán continuar una vez se resuelva el conflicto que entre los ahora socios ha surgido*», la sustentación se desarrolla con los sorpresivos giros de que el *ad quem* inadvirtió que «*lo único removido había sido la promesa de compraventa y que la compraventa de las acciones se había consumado y seguía y sigue vigente, razón por la cual la reivindicación no procedía hasta que se destruyera esa compraventa de las acciones*»; que «*por mucha cesión que se hubiese dado por parte de los aquí demandados, al momento de la transacción la compraventa de las acciones nunca fue incluida como parte de la misma, de la transacción, y por ello hoy continúa incólume*

y vigente»; que «*los dos últimos otrosí sólo fueron firmados por el señor Fabio Arturo Jaramillo Guzmán, para concluir y determinar que en un momento dado las negociaciones finales de las acciones sólo se celebraron entre Swiss Investment Limited y Fabio Arturo Jaramillo Guzmán*» y «*Jaime Restrepo Marulanda, no podía alterar lo que no había celebrado, lo que no había firmado*»; y que «*la intención final de los contratantes era y fue la venta de la sociedad, la venta del 100 % de las acciones de la sociedad, contrato que se celebró con los otro sí, pero además literalmente se dice en los otros sí, que contienen la celebración de esa compraventa de las acciones*».

Todos esos supuestos giran en torno a la materialización de la transferencia de la totalidad de las acciones de Swiss Investment Limited, cuando en el transcurso del debate ambos demandados aceptaron que no habían cumplido a cabalidad con el pago del precio acordado y que solo en virtud de los abonos se había perfeccionado, como parte de los actos preparatorios, el traspaso del 20% de la participación en la sociedad.

Semejante discurso, con el cual se buscan superar los efectos vinculantes de la cesión de derechos de la promesa de compraventa y la inviabilidad de revocación unilateral de dicho acto que advirtieron ambos juzgadores de instancia, ante los cuales ahora fue silente el censor y cuya discusión se cierra para los efectos de esta senda, a más de acomodados refulgen intempestivos y entrarlos a analizar

resultaría completamente lesivo al debido proceso de la contraparte, que resultaría atropellada a estas alturas por temas que no fueron abordados con antelación.

Al respecto en CSJ SC1627-2022 se recordó como

(…) los hechos y argumentos que no se sometieron a consideración de los jueces y las partes durante las instancias ordinarias, constituyen un medio nuevo, «(…) el cual, como con insistencia lo tienen definido la Sala, es "inadmisible en casación, toda vez que 'la sentencia del ad quem no puede enjuiciarse 'sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas' (Sent. 006 de 1999 Exp: 5111), al fin y al cabo, a manera de máxima, debe tenerse en cuenta que 'lo que no se alega en instancia, no existe en casación' (LXXXIII pág. 57)" (CSJ, SC del 21 de agosto de 2001, Rad. N.° 6108).

En tiempo más reciente se precisó que el recurso extraordinario de casación "no puede basarse ni erigirse exitosamente" en "elementos novedosos, porque él, 'cual lo expuso la Corte en sentencia de 30 mayo de 1996, expediente 4676, 'no es propici[o] para repentizar con debates fácticos y probatorios de última hora; semejante irrupción constituye medio nuevo y es entonces repulsado (…), sobre la base de considerarse, entre otras razones, que 'se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio (LXXXIII 2169,

página 76)'" (CSJ, SC del 9 de septiembre de 2010, Rad. n.° 2005-00103-01)» (CSJ SC18500-2017, 9 nov.).

Con similar orientación, recientemente se insistió en la necesidad de rechazar los «(...) asuntos ajenos a las instancias que son ondeados de forma novedosa para cuestionar la decisión recurrida (SC, 16 jul. 1965, G. J. n.° 2278-2279, p. 106). Lo anterior, en salvaguardia de la finalidad excepcional del remedio extraordinario, que supone cuestionar la sentencia como thema decisum, sin que sea dable reabrir el debate de instancia o proponer lecturas novedosas de la controversia para buscar una decisión favorable. "Total que, según el transcrito numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, el embiste debe ser preciso, en el sentido de dirigirse con acierto contra las bases de la sentencia de instancia, sin que sea posible que se aleje de ellas para traer reflexiones de último minuto o aspectos que están por fuera de la discusión" (negrilla fuera de texto, AC1014, 14 mar. 2018, rad. n.° 2005-00036-02). "Con esta prohibición también se tutelan los derechos de defensa y contradicción de los no recurrentes, quienes podrían verse sorprendidos con un replanteamiento de la plataforma fáctica que varíe la causa petendi, sin que tuvieran la oportunidad de controvertirlo y, menos aún, hacer pedidos probatorios para su desestimación. Agréguese que, admitir argumentos nuevos en casación, hiere la lealtad procesal, en tanto se espera que en los grados jurisdiccionales se discutan las materias fácticas objeto de su ligio, sin que pueda aguardarse al final para izar tópicos con los que se pretende una resolución favorable" (CSJ, SC1732 del 21 de mayo de 2019, rad. 2005-00539-01)» (CSJ SC2779-2020, 10 ago.).

2.- El anterior desfase en la formulación de la censura resulta suficiente para despacharla adversamente, pero si en gracia de discusión se entrara a profundizar en los sustentos de la inconformidad expuesta los mismos tampoco logran patentizar la existencia de las equivocaciones manifiestas que se endilgan al sentenciador de segundo grado.

Bien es sabido que en materia de interpretación de los contratos el esfuerzo del opugnador para revelar algún desvío del *ad quem* es mayúsculo, puesto que por obvias razones la propuesta que haga siempre va a estar marcada por el sesgo del favorecimiento a sus intereses particulares, de tal manera que las simples divergencias entre lo que se convino y la manera como lo entiende cada uno de los pactantes es insuficiente para suplantar la lectura que en el ámbito del litigio haga el operador judicial aplicando los principios que rigen los contratos para revelar su verdadera esencia.

No todas las negociaciones son esquemáticas y en muchos casos tienden a confundirse pactos de una clase con los de otra o incluso a entremezclarse, por lo que una propuesta razonable de intención de los intervinientes que esté acorde con lo plasmado no puede ser soterrada con apreciaciones subjetivas con las que se le pretenda dar un giro inesperado al quehacer negocial, como se indicó en CSJ SC 30 oct. 2007, rad. 1997-05038-01 y se transcribe en extenso por su relevancia:

> *Lo que ha quedado expuesto muestra que el debate trata de la interpretación del contrato, asunto en el cual desde luego va involucrada la capacidad de comunicación humana y de modo especial la escrita, pues las partes dejaron huella de cómo se propusieron coordinar sus voluntades y recursos para el logro de unos fines contractuales de interés común. Acontece en casos como el presente, que una vez emitida la declaración contractual, ella gana cierta autonomía y pasa a vivir no sólo en el texto de las prescripciones y descripciones del contrato, sino en la experiencia negocial misma, es decir, en la forma de ejecución práctica que las partes hacen. Entonces, no está demás señalar que cuando los*

contratantes emiten la declaración, pierden el dominio sobre ella, pues la conjugación de las dos voluntades y su emisión crean una realidad que gana independencia, de modo que después de expresado el acuerdo, sus autores de manera individual no pueden recoger los pasos andados, para fijar, a la manera de cada uno el genuino alcance de su manifestación de voluntad, pues tal intento particular, que invariablemente lleva un sesgo, carece de eficacia para hallar el sentido mediante un laborío aislado y singular, sin tomar en cuenta que el contrato se concertó pluralmente. Rehacer el significado de un negocio jurídico, fijar sus alcances, es asunto que no está en poder de una sola de las partes, sino que forzosamente concierne a ambas y en últimas al juez en caso de desacuerdo insuperable. Y en general, si una de ellas procura adscribir significado al contrato, con exclusión de la otra, se descarta ese intento porque se sabe de antemano que cada quien buscará salvar los silencios y las penumbras del contrato del modo que mejor convenga a sus particulares intereses.

Por esa circunstancia, cuando las partes disputan acerca del significado de una disposición contractual o del negocio todo, tal divergencia debe ser zanjada por la intervención del juez, quien atendidos los elementos lingüísticos de la convención, cuando ello sea posible, el conjunto de sus disposiciones, los antecedentes contractuales entre las mismas partes, o la forma de su ejecución, entre otros aspectos, puede atribuir significado a las disposiciones que siembran la incertidumbre sobre la conducta esperada de las partes frente al acto, así su contenido sea claro. Ha dicho la Corte que no "por el mero hecho de que ese sentido sea claro, queda proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los

contratantes, sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo" (Sent. Cas. Civ. de 1º de agosto de 2002, Exp. No. 6907, subraya la Sala).

Y en ese contexto, si ya los jueces en las dos instancias naturales, como epílogo de la actividad dialéctica realizada a lo largo del proceso adscribieron significado a las cláusulas del acuerdo, ha de juzgarse que en principio allí se clausura el debate, pues en semejante situación el reclamo de una de las partes en sede de casación resulta ser el regreso a la posición de partida que disoció a los contratantes, en cuanto cada una de ellas ya intentó desde el comienzo que fuera acogida su particular e interesada perspectiva respecto de los alcances de la convención. Lo que se dice sirve para mostrar que la tarea que espera al casacionista cuando combate la hermenéutica que sobre el negocio se edificó a lo largo de las instancias, va más allá de una simple propuesta alternativa divergente, muy por el contrario, el derrumbe de una sentencia en que se dice hubo error de hecho en la fijación de los alcances de una disposición contractual, supone mostrar un desbarro de tal magnitud que su sola descripción lleve de modo directo a la convicción de su existencia. Pero si para la demostración del error son necesarias abstrusas e intrincadas elaboraciones teóricas y la concurrencia de supuestos ad hoc extraños al caso concreto, en verdad lo que se revela es la formulación de una nueva lectura de las cláusulas, en la misma clave unilateral interesada que, por excluir los intereses del antagonista, hizo necesaria la intervención judicial al comenzar el proceso.

La jurisprudencia invariablemente ha mostrado la tendencia a respetar el trabajo interpretativo que el juzgador despliega sobre los contratos y en tanto esa autonomía no traspase los confines de la arbitrariedad, resulte notoriamente absurda, ilógica, o

manifiestamente contraria a la realidad, merece el respeto de la Corte, de modo que, habiendo elegido el ad quem una de las lecturas admisibles que del negocio resultan, no se abre paso el quiebre de la sentencia en casación, pues este recurso no puede fundarse en la contingencia de las interpretaciones, sino en la objetividad y magnitud del error, que ha de ser evidente en grado tal que repugna la razón. La Sala, en reiterados pronunciamientos, ha establecido que "cuando el error denunciado se plantea en el ámbito de apreciación de hecho por interpretación de cláusulas contractuales, la Corte sólo puede entrar a modificar la sentencia objeto del recurso en tanto ésta se apoye en una interpretación genitiva de un yerro manifiesto, el cual sucede cuando el documento contractual sólo tiene una forma de interpretación posible y ésta sea la propuesta por el impugnante, en contraposición a la elaborada por el Tribunal, que entonces aparecería absurda e ilógica. Si tal elemento admite diversos entendimientos, todos ellos razonables, entonces no se presenta el defecto en mención, máxime cuando en materia de interpretación de contratos, se está frente a una 'cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores', como lo ha predicado la Corte (G.J. CXLII, págs. 218 y 219)" (Sent. Cas. Civ. de 20 de octubre de 2000, Exp. No. 5497, reiterada en Sent. Cas. Civ. de 25 de enero de 2005, Exp. No. 7881).

Para el caso en concreto no hay discusión de que el pacto primigenio fue de promesa de compraventa de un bien inmueble con folio de matrícula 050C-0024404 y esa misma naturaleza se conservó a la firma del primer otrosí, como lo admite el impugnante, tampoco existen reparos sobre el cumplimiento parcial de algunas obligaciones recíprocas como fueron el abono de parte del precio y la entrega del bien, sin embargo, desde un comienzo se estableció en la cláusula décima primera que:

Los promitentes compradores tienen la opción de adquirir el 100 de las acciones de Swiss Investment Ltd, propietaria del inmueble,

caso en el cual no habría aplicación de las cláusulas quinta y octava, aclarando sí, que esta cesión de las acciones se hará en la misma fecha estipulada en la cláusula quinta sin costo alguno para las partes. La sociedad vendedora y sus accionistas se comprometen a entregar las acciones de la sociedad y la sociedad libre de gravámenes de orden tributario en la República de Colombia o en el Exterior.[5]

En el primer escrito adicional, sin fecha, dejaron constancia expresa de que «*hemos celebrado el presente otrosí* ***al contrato de promesa de compraventa de un inmueble urbano, ubicado en la Calle 17 no. 133-09 de*** **Bogotá**» **-** se llama la atención- y fijaron nuevas reglas de ejecución en cuanto a la fecha de entrega del predio para el 1° de julio de 2008, en la que se cubriría el saldo del precio y se firmaría la correspondiente escritura «*o en su defecto se hará el traspaso de la totalidad de las acciones de Swiss Investment Ltd*», con el agregado de que el «*equivalente al 20% (veinte por ciento) de las acciones de la sociedad Swiss Investment Ltd sean transferidas a los promitentes compradores para definir lo establecido en el contrato de promesa de compraventa*» y que en caso de que estos «*no optaran por obtener la participación total de la sociedad (…) y por el contrario solicitaran realizar escritura pública de compraventa sobre el inmueble en negocio*», asumirían los costos en proporción a dicha participación ya reconocida[6].

Ese acto de reconocimiento del 20% en la participación

5 Fl. 3 cno. 1.

6 Fls. 75 y 76 cno. 1.

accionaria de la promitente vendedora no evidencia un cambio del objeto de la negociación, que siempre fue obtener la titularidad del inmueble, sino el reconocimiento de la suma de dinero ya desembolsada y que correspondía a dicho equivalente porcentual, si se tiene en cuenta que el precio fijado fue de $4.800'000.000 y de antemano se recibieron $1.000'000.000. Por ende, representaba una garantía de cumplimiento ante los inconvenientes surgidos en la entrega del bien.

El segundo otrosí de 27 de junio de 2008 también fue claro en que complementaba el «***contrato de promesa de compraventa de un inmueble urbano, ubicado en la Calle 17 no. 133-09 de*** **Bogotá**» -se resalta-, para postergar el perfeccionamiento de la operación «*a más tardar el día 29 de agosto 2008*» e indicar que en esa data «*los promitentes compradores harán uso de la cláusula decimaprimera denominada "opción"* ***en todas sus partes del contrato de promesa de compraventa de un inmueble urbano, firmado en octubre 11, 2007***» -se llama la atención-. Si bien allí se habla del ejercicio de una de las opciones previstas para materializar el traspaso del bien, es indiscutible que se remite a las estipulaciones del acuerdo original y que para esa fecha aún estaban pendientes por cubrir $2.850'000.000 del precio[7].

Ya en el último otrosí suscrito el 29 de agosto de 2008,

---

7 Fls. 73 y 74 cno. 1.

nuevamente anuncian que «*hemos celebrado el presente otrosí* ***al contrato de promesa de compraventa de un inmueble urbano, ubicado en la Calle 17 no. 133-09 de*** **Bogotá**» -nuevamente se resalta-, con el propósito de señalar una nueva data para el perfeccionamiento de la misma el 5 de septiembre postrero, cuando se pagaría «*la suma de 2..608.000.000 de Pesos* (sic) *más intereses del 2% mensual a partir del día 29 de Agosto de 2008, toda vez que el día 29 de Agosto del 2008 se canceló la suma de $250.000.000 como abono al valor establecido en el otrosí anterior*» y la precisión de que «*el equivalente al cien por ciento (100%) de las acciones de Swiss Investment Limited se entregará el mismo día del pago*»[8].

Como puede apreciarse los otrosíes 2 y 3 no eran autónomos y estaban atados a las estipulaciones del «*contrato de promesa de compraventa*», sin que de ellos se pueda extraer a ciencia y paciencia que se hubiera perfeccionado, puesto que todo quedaba atado al pago total del precio convenido, de lo que no existe constancia en el expediente.

Desde esa perspectiva luce razonable lo que dedujo el Tribunal en el sentido de que

> *(…) no es afortunada la argumentación que se ofrece en la censura, pues aunque es cierto que de las modificaciones que hicieron las partes a la promesa inicial se podría extraer que la intención de*

8 Fl. 71 cno. 1.

los contratantes, en últimas, fue que las personas que inicialmente se llamaron pretensos compradores adquirieran las acciones de Swiss Investment Limited, y así hacerse al dominio del predio de una forma indirecta, lo cierto es que esos ulteriores acuerdos hacen parten del contrato inicial, lo complementan, y por ende, no se les puede catalogar como convenios propios e independientes, de allí que debían correr la misma suerte que la obligación en general, esto es, los efectos de cosa juzgada derivados de la resolución del contrato por mutuo acuerdo a la que ya se hizo referencia, pese a que en la transacción no se haya hecho expresa mención a tales otrosí.

Esta conclusión se acentúa si se tiene en cuenta que la citada compra de acciones no fue un aspecto exclusivo de los otrosí, por el contario, fue una alternativa que desde los albores de las negociaciones se discutió como una forma marginal para que los aquí demandados se hicieran con la propiedad del predio ubicado en la Calle 17 No. 133-09 de Bogotá, pues nótese -como ya se advirtiera- que desde la fecha que se firmó el documento 'contrato de promesa de compraventa inmueble urbano' se hizo alusión a una 'opción', según la cual "Los promitentes compradores tiene la opción de adquirir el 100% de las acciones de Swiss Investment Ltd., propietaria del inmueble, caso en el cual no habría aplicación de las cláusulas quinta y octava, aclarando sí, que esta cesión de las acciones se hará en la misma fecha estipulada en la cláusula quinta sin costo alguno para las partes..".

En conclusión, la llamada 'opción' secundaria no se puede entender ajena a la promesa de compraventa del inmueble, simplemente lo modificó y hace parte, en líneas generales, de los débitos contractuales a satisfacer por los extremos del negocio, que confluían en últimas en la transferencia física y jurídica del inmueble.

Adicionalmente el *ad quem* en el fallo confutado citó en respaldo de su análisis la CSJ SC 1 octr. 2004, rad. 7560, en la que por demás se concluyó en relación con los otrosíes que

> [c]*uando tales pactos son celebrados, amplían -como es obvio- el entramado contractual básico o matriz, y la labor del intérprete, en tal virtud, consistirá en auscultar y escrutar el contenido íntegro del tejido contractual, integrado por la pluralidad de negocios o acuerdos celebrados por las partes, con el fin de esclarecer cuáles de las estipulaciones inicialmente establecidas han sido modificadas o adicionadas y cuáles no. Expresado de otro modo, el hermeneuta deberá, in complexu, analizar la integridad de manifestaciones volitivas que, articuladas, conforman una red negocial, objeto integro de auscultación.*

Precisamente esa fue la labor que a conciencia desarrolló el fallador de segundo grado para estructurar una conclusión lógica y coherente con el comportamiento de los concordantes, que no logra ser socavada con la ajustada hermenéutica del opugnador según la cual la sola manifestación de intención de cumplimiento lleva implícito que este se diera, ni mucho menos al pregonar el perfeccionamiento en la transferencia de las acciones de Swiss Investment Ltd a la luz de los artículos 403 y 406 del Código de Comercio, cuando dicha sociedad es extranjera al tenor del artículo 469 de esa misma compilación ya que fue «*incorporada en las Islas Vírgenes Británicas como Compañía Comercial Internacional*»[9] y no se acreditara la normatividad foránea que regulara la materia.

Quedando enhiesta la deducción de que el contrato de promesa y los tres otrosíes constituyen una sola negociación, esto es, un «***contrato de promesa de compraventa de un***

9Fl. 13 cno. 1.

***inmueble urbano, ubicado en la Calle 17 no. 133-09 de* Bogotá»** al que se le fueron introduciendo paulatinamente cambios que no implicaron su mutación a otro tipo de convenio, pierde relevancia cualquier otra discusión sobre las repercusiones de la cesión de derechos de Aurelio Aguirre Sanín y Fabio Arturo Jaramillo Guzmán a Jaime Restrepo Marulanda, así como los alcances de la transacción que este celebró con el representante legal de la promotora, que fueron abordados por el Tribunal y quedaron por fuera de los reparos del censor, que solo se dirigieron a la autonomía de las dos últimas modificaciones frente al convenio inicial y su primer cambio.

3.- Toda vez que los reproches del opugnador presentan vicios de forma y, por demás, no tienen la entidad para derruir los pilares de la determinación confutada, fracasa el cargo.

4.- Conforme al inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, habrá de imponerse al vencido el pago de las costas procesales en el trámite de la impugnación extraordinaria, y para la tasación de las agencias en derecho, se tomará en cuenta la réplica de la reivindicante.

IV.- DECISIÓN

En mérito de lo 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 de 12 de febrero de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso verbal adelantado por Swiss Investment Limited contra Fabio Arturo Jaramillo Guzmán y Aurelio Aguirre Sanín. Costas a cargo del impugnante y a favor de la accionante. Inclúyase la suma de $10'000.000 por concepto de agencias en derecho que fija el Magistrado Ponente a cargo del perdedor y en favor de quien promovió la acción de dominio.

En su oportunidad, comuníquese lo decidido a la Corporación de origen.

Notifíquese

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUÍS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Hilda González Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: C2706F1A6E5352FEFD4C6FD28D807480702604681D6D03985BF12F13D6B43C9C
Documento generado en 2023-03-28