



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC4445-2020

Radicación n° 11001-31-03-010-1983-00507-01

(Aprobado en sesión virtual de tres de septiembre de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por Promotora Universal de Inversiones Ltda «Prounida Ltda», Banco de Caldas SA -hoy BBVA Colombia SA-, Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA, Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA, Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA y Propaganda Sancho y Cía Ltda, frente a la sentencia proferida el 26 de enero de 2007, adicionada el 8 de junio siguiente, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Coloca Ltda y Prounida Ltda promovieron contra los demás recurrentes, y la Compañía de Seguros Atlas SA, Compañía de Seguros Atlas de Vida SA, Productora de Gelatina SA «Progel», Unión de Inversiones SA «Univer SA», Grupo Central SA y Hernando De la Roche.

ANTECEDENTES

1. Al tenor de la demanda y su reforma, las accionantes solicitaron (folios 79 a 104 del cuaderno 1 y 103 a 148 del cuaderno 19):

1.1. Se declare que los dos contratos celebrados por ellas el 4 de junio de 1982: el primero con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA, Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA, Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA y Propaganda Sancho y Cía Ltda; y el segundo con la Compañía de Seguros Atlas SA, Compañía de Seguros Atlas de Vida SA, Progel SA, Univer SA, Grupo Central SA y Hernando De la Roche; corresponden a promesas de venta -o a la naturaleza jurídica que el juzgador estime-, que tuvieron por objeto la cantidad mínima conjunta de 18'889.994 acciones del Banco de Caldas SA -hoy BBVA Colombia SA-.

1.2. Que dichos pactos son nulos por faltarles los requisitos necesarios para su validez; en subsidio, que los accionantes quedaron exentos de cumplirlos; o en defecto de las anteriores, que operó su resolución por causa legal o por fuerza mayor.

1.3. Se condene solidariamente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA, Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA, Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA y Propaganda Sancho y Cía Ltda, a restituir \$164'300.000 que recibieron y

que las convocantes habían entregado al Banco de Caldas mediante la constitución del certificado de depósito 5860; o en la proporción que cada una tenía de las acciones prometidas en venta; más los intereses hasta el día en que la percibieron; los bancarios corrientes de esta fecha hasta su vinculación a la *litis* -o en subsidio hasta cuando incurrieron en mora-; de allí en adelante los moratorios comerciales, así como los consagrados en el artículo 886 del Código de Comercio; sumas todas que deberán ser corregidas monetariamente.

1.4. Se ordene de forma solidaria a la Compañía de Seguros Atlas de Vida SA, Compañía de Seguros Atlas SA, Progel SA, Univer SA, Grupo Central SA y Hernando De la Roche, devolver \$100'700.000 que recibieron y que las convocantes habían entregado al Banco de Caldas mediante certificado de depósito 5862; o en la proporción que cada una tenía de las 7'169.994 acciones prometidas en venta; más los intereses hasta el día en que su delegada -la Compañía Comercial Roche Ltda.- percibió el dinero; los bancarios corrientes de esta fecha hasta la vinculación a la *litis* -o en su defecto hasta cuando incurrieron en mora-; de allí en adelante los moratorios comerciales, así como los consagrados en el artículo 886 del Código de Comercio; sumas todas que deberán ser objeto de actualización.

1.5. Se declare que el Banco de Caldas es responsable de haber pagado los certificados de depósito a término 5860 y 5862, por consiguiente, debe ser condenado en los términos de las dos pretensiones inmediatamente anteriores de

manera solidaria por existir concurrencia de responsabilidades o, en subsidio, sin solidaridad.

2. Tales pretensiones tuvieron como sustento fáctico común el que a continuación se sintetiza:

2.1. El 30 de abril de 1982 las demandantes y sus convocadas celebraron una promesa de venta sobre la propiedad de las acciones que las demandadas ostentaban en el Banco de Caldas, pero como el precontrato no quedó ajustado al ordenamiento jurídico, de mutuo acuerdo le restaron ineficacia mediante la suscripción de dos nuevos convenios fechados el 4 de junio de ese mismo año, que denominaron compraventas, aunque realmente no lo eran.

2.2. Estos dos últimos pactos quedaron ligados entre sí, pues se acordó y condicionó la operación de compra a que ascendiera como mínimo a 18'889.994 acciones del Banco de Caldas, so pena de que ambos negocios jurídicos quedaran sin efectos porque el propósito era adquirir el control mayoritario de la entidad financiera.

2.3. Varias de las potenciales enajenantes actuaron con apoderados especiales sin que oportunamente acreditaran los mandatos -tal cual sucedió con la Federación Nacional de Cafeteros porque quien dijo representarla carecía de facultades-; tampoco se probó la representación ni las autorizaciones de las juntas de socios de las empresas que suscribieron el último contrato; por ende, no se alcanzó el número de acciones pretendidas, quedando exoneradas las

interesadas en la adquisición de sus obligaciones por ausencia de perfeccionamiento de los tratos o, de considerarse que sí lo fueron, por incumplimiento de los demandados.

2.4. Además, algunos prometientes vendedores del segundo contrato no eran los titulares de las acciones que ofrecieron, ni siquiera para la fecha en que se comprometieron a entregarlas, al paso que 3'738.494 de ellas estaban pignoradas; y si bien tales intervinientes presentaron propuestas a las potenciales compradoras para subsanar esas situaciones, estas no las aceptaron, lo que revela otra infracción de las convocadas precedente a sus anteriores contravenciones.

2.5. Los contratos no corresponden a ventas ni promesas, sino a un procedimiento *sui generis* acordado para llevar a cabo la compra de las acciones, sometido a condiciones suspensivas, o en subsidio resolutorias; muestra de esto es: primero, que la Comisión Nacional de Valores debía autorizar previamente la presentación de la oferta pública de adquisición, la cual se obligaron a radicar Coloca y Prounida; segundo, se requería aprobación anticipada de la negociación por la Superintendencia Bancaria; tercero, el cumplimiento de las condiciones impuestas por estas entidades; cuarto, que un tercero no presentara oferta concurrente; quinto, la aceptación de los ahora demandados; sexto, la entrega de las acciones en títulos endosados; séptimo, el pago por los adquirentes del valor acordado; y

octavo, la constitución de las garantías mientras vencían los plazos para cubrir los saldos del precio.

Pero al margen de la naturaleza jurídica que se dé a los acuerdos, las aludidas condiciones que le darían vida se incumplieron, lo que significa que no se perfeccionaron los contratos, devienen nulos, en subsidio sin efectos jurídicos, resueltos por causa legal o, en el peor de los casos, por fuerza mayor que impidió acatarlos.

2.5.1. En efecto, los convenios no se concretaron porque se omitió plasmar la hora en que se reunirían las partes para realizar la transferencia, así como el lugar exacto dentro del perímetro urbano de Bogotá en el que se daría el primer abono y se entregarían las garantías de los demás; por otra parte, la fecha de cumplimiento quedó incierta, contradictoria e imposible de constatar, por estar supeditada a las autorizaciones previas de la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria.

2.5.2. Con posterioridad a la suscripción de los negocios hubo fuerza mayor que impidió a los negociantes honrar sus compromisos, porque la Superintendencia tardó en otorgar el respectivo permiso al exigir, excediendo sus límites legales, que de concretarse la negociación las potenciales compradoras deberían efectuar, en el término de 3 meses, un aumento de capital suscrito del Banco por \$200'000.000; que éste conservara su domicilio en la ciudad de Manizales; que los socios nombraran como presidente y miembros de junta directiva a personas del departamento de Caldas; que

reinvertieran como pago de dividendos en acciones las utilidades de los años 1982 a 1984; y por último, ofrecer preferencialmente entre inversionistas de la misma región no menos del 50% de las acciones adquiridas.

Todas estas condiciones fueron atemperadas porque la Superbancaria disminuyó el aumento del capital exigido al valor de las acciones sin suscribir, otorgó seis meses de plazo para este propósito, liberó las utilidades correspondientes a 1984, eliminó la exigencia de capitalizarlas, y no precisó la venta obligatoria del 50% de las acciones, sino de una participación adecuada; morigeración que de cualquier manera denotó el exceso de aquella entidad.

2.5.3. Según los actores, seguidamente la Comisión Nacional de Valores autorizó la oferta pública de compra de acciones, no obstante estar vencido el plazo pactado en los contratos para celebrar la enajenación. Sin embargo, al detectar que para la adquisición Coloca tenía la intención de utilizar dineros provenientes de Panamá, mediante acto administrativo de 14 de septiembre de 1982 ordenó que, a más tardar el día 17 de ese mismo mes, explicara la modalidad de la operación y acreditara los permisos de las autoridades cambiarias.

Agregaron que este ultimátum evidenció el ánimo de impedir el negocio proyectado, al requerir documentos innecesarios pues la compra de acciones no se había realizado, su pago estaba pactado a un plazo de 18 meses y

la notificación de la referida exigencia fue realizada el día en que vencía el término para cumplirla.

A pesar de que en esta fecha Prounida y Coloca interpelaron ante la Comisión Nacional de Valores, esta ratificó su acto administrativo con similar del 20 de septiembre de 1982, otorgando dos días más para acatar sus reclamaciones, lo cual tornó imposible cumplir los contratos.

2.5.4. Añadieron los promotores que con posterioridad la oferta de compra fue publicada y los potenciales vendedores la aceptaron, pero la Comisión, en un nuevo acto obstructivo, prohibió al Banco de Caldas registrar cualquier enajenación de las acciones a favor de Coloca, según comunicó con telegrama del 21 de septiembre de 1982.

2.6. Los demandantes afirman que, de otro lado, con independencia de la naturaleza de los convenios y del motivo generador de ineficacia, las prometientes enajenantes carecían del derecho a redimir los depósitos a término constituidos a título de arras penitenciales o cláusula penal, por valores de \$164'300.000 y \$100'700.000, de allí que solidariamente están obligadas a devolverlos, conforme a la cláusula décima de cada acuerdo; también lo está el Banco de Caldas por desatender las instrucciones que le fueron dadas, como quiera que ilegalmente entregó los dineros con anterioridad al vencimiento del término conferido para la presentación de ofertas de compra concurrentes.

2.7. El Banco supo de su infracción desde el inicio, pues a fin de redimir el certificado de depósito 5862 por \$100'700.000, instó la suscripción de un pagaré a Germán De la Roche -quien obró como apoderado de los prometientes vendedores de la segunda promesa-, precaviendo que tuviera que devolver esa suma a Coloca y Prounida; máxime si para que el Banco entregara los dineros no se le acreditó que estas entidades hubieran incumplido sus obligaciones.

2.8. Aprovechando la oferta de compra tramitada y publicada por las demandantes, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia compró a la Compañía de Seguros Atlas SA, Compañía de Seguros Atlas de Vida SA, Progel SA, Univer SA, Grupo Central SA y Hernando De la Roche, las acciones que tenían en el Banco de Caldas, circunstancia que configuró una oferta concurrente y dejó sin efectos los contratos del 4 de junio de 1982, por expreso pacto de las partes.

Además, como en estos no intervino la Federación, porque quien los suscribió en su nombre carecía de facultad para obligarla, los depósitos a término números 5860 y 5062 debieron ser devueltos a Coloca y Prounida.

3. Una vez vinculadas al pleito, Progel SA, Grupo Central SA y el Banco de Caldas se resistieron a las pretensiones, este último además propuso la excepción meritoria de «*carencia del derecho sustancial invocado por las demandantes*» (folios 223 a 229 cuaderno 19, 3 a 6 cuaderno 17 y 5 a 9 cuaderno 18); mientras que la *curadora ad litem*

designada a Hernando De la Roche manifestó estarse a lo probado en el trámite (folio 201, cuaderno 1).

4. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA, Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA, Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA, Propaganda Sancho y Cía Ltda, Compañía de Seguros Atlas SA, Compañía de Seguros Atlas de Vida SA y Univer SA, radicaron libelos de reconvención de manera separada, pero en todos deprecaron (folios 2 a 8 y 10, cuaderno 4; 1 a 10 y 12 a 13, cuaderno 8; 6 a 15 y 17 a 18, cuaderno 12; 168 a 179, cuaderno 15; 1 a 16, cuaderno 13; y 3 a 13, cuaderno 23):

4.1. Se declare, por incumplimiento de Coloca y Prounida, la resolución del contrato fechado 4 de junio de 1982; o, en subsidio, del acuerdo de compraventa de acciones del Banco de Caldas celebrado tras la aceptación de la oferta de compra y en desarrollo de aquel pacto; o, en defecto de las anteriores súplicas, la resolución de los dos convenios.

4.2. Se proclame que tienen derecho a retener los dineros que les fueron entregados proporcionalmente por el Banco de Caldas, representados en los depósitos a término en él constituidos por las demandadas en reconvención, por haberse causado en contra de estas la pena regulada en dichos negocios.

4.3. Se condene a las iniciales convocantes a pagar solidariamente, o en subsidio conjuntamente, los perjuicios ocasionados a sus contendoras, en razón de la infracción cometida, en la cuantía que se demuestre en el rito, debidamente indexada.

5. Las precedentes súplicas tuvieron como soporte fáctico, en síntesis, el siguiente:

5.1. En los acuerdos ajustados el 4 de junio de 1982 se pactó que los depósitos a término descritos en la primigenia demanda, constituidos en el Banco de Caldas por Coloca y Prounida, se tendrían como arras penitenciales y se entregarían en fiducia al Banco, con carta de instrucciones para que los pagara al beneficiario, en representación de las vendedoras, una vez aportaran las constancias de cumplimiento expedidas por las Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria.

5.2. También se convino quien al 19 de agosto de 1982 no hubiere acatado sus obligaciones, pagaría tal pena, sin perjuicio de resarcir los demás daños que ocasionara.

5.3. La compra de acciones quedó aprobada con los oficios DB-3601 de 28 de julio de 1982 y DB-3652 de 3 de agosto siguiente expedidos por la Superintendencia Bancaria, y la resolución 248 de 9 de agosto del mismo año emanada de la Comisión Nacional de Valores; por lo que fueron efectuadas las publicaciones de ley, las convocadas

aceptaron la oferta pública de compra y no hubo oferta concurrente.

5.4. No obstante que las vendedoras honraron sus compromisos, sus contendoras no hicieron lo propio, pues omitieron dar los pasos previos, como radicar en el lapso de 10 días la solicitud de aprobación en la Comisión Nacional de Valores, acompañada de las declaraciones juradas sobre el monto y origen de los fondos que utilizarían para la adquisición (cláusula 1ª), lo que hicieron posterior y tardíamente una vez fueron requeridas; tramitaron con retraso el permiso que en tales operaciones concede de forma adelantada la Superbancaria, el cual debía ser conocido por ser de índole legal; y no pagaron el precio de las acciones (cláusula 4ª), al punto que ni siquiera iniciaron los trámites para obtener las garantías convenidas mientras culminaba el plazo pactado para cubrir el saldo.

5.5. En adición, Coloca intentó engañar a la Comisión Nacional de Valores, ya que al principio le informó que los dineros con que adquiriría las acciones eran recursos propios provenientes de la realización de activos, pero en la declaración jurada que después le fue exigida manifestó que utilizaría un crédito externo, contradicción que no fue detectada por la entidad gubernamental antes de expedir la resolución 218 (sic) de 1982. Sin embargo, con posterioridad la descubrió dando lugar a que, dejando a salvo el permiso otorgado, le exigiera explicaciones a Coloca y prohibiera al Banco de Caldas registrar el traspaso a favor de aquella.

5.6. Para cuando fueron suministradas las aclaraciones de rigor con el acatamiento de los requisitos que de allí se derivaron, había ocurrido la crisis que en el año 1982 padeció el sector financiero, lo que restó atractivo al negocio, de allí que las empresas interesadas en la adquisición lo abandonarían, no pagarían las acciones en la forma estipulada y alegarían imposibilidad de cumplir por la intervención de la Comisión Nacional de Valores.

5.7. Fue debido a la culpa exclusiva de las enjuiciadas en reconvención que se originó el incumplimiento, no obstante que pretextaron fuerza mayor, la que no se configuró porque los requisitos pedidos por la Comisión eran previsibles; además, Prounida podía adquirir la totalidad del paquete accionario ya que asumió tal obligación solidariamente con Coloca; a más de que esta cedió a aquella los derechos derivados de los contratos referidos.

5.8. En consecuencia, la cláusula penal pactada se hizo exigible en favor de las contrademandantes.

5.9. Coloca y Prounida pidieron, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la nulidad de los actos administrativos de 14 y 20 de septiembre de 1982, así como del plasmado en el telegrama de 21 de septiembre de esa misma anualidad, con los cuales la Comisión Nacional de Valores reclamó explicaciones a la primera acerca de la modalidad de la operación cambiaria con que obtendría los recursos para la compra de las acciones, y prohibió al Banco de Caldas registrar el traspaso a favor de aquella; pero dicho

juicio terminó con sentencia desestimatoria de 25 de septiembre de 1989.

6. El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, una vez agotadas las fases del juicio, con sentencia de 16 de abril de 2001, aclarada el 11 de junio siguiente y adicionada el 26 del mismo mes y año, dejó sin efectos los contratos de 4 de junio de 1982, por configurarse la fuerza mayor alegada en la demanda inicial derivada de las actuaciones de la Comisión Nacional de Valores; declaró infundada la defensa perentoria propuesta por el Banco de Caldas; condenó a este a pagar a Prounida \$265'000.000 más intereses a la tasa del 34% anual vencida, calculados entre el 3 de mayo y el 30 de septiembre de 1982, que sumados al capital a su vez generarían intereses sobre intereses en los términos del art. 886 del C. de Co., así como los moratorios comerciales desde el 1º de octubre de 1982; y desestimó las súplicas contenidas en todos los libelos de reconvención (folios 1 a 60, 83 vto. y 197 vto., cuaderno 51).

7. Al resolver las apelaciones interpuestas por Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA, Propaganda Sancho y Cía Ltda, Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA, Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA, Compañía de Seguros Atlas SA, Compañía de Seguros Atlas de Vida SA, Progel SA, Univer SA y Banco de Caldas SA, el superior modificó la decisión solamente para revocar la ineficacia declarada respecto de los contratos fechados 4 de junio de 1982 y alterar la condena dineraria impuesta al Banco, esto último con

decisión mayoritaria, en el sentido de precisar que la suma a devolver es de \$268'400.000, que indexada con el IPC al 31 de diciembre de 2006 totaliza \$12.460'769.408,50, en un plazo de 6 días, vencido el cual esta última cantidad generaría intereses comerciales moratorios únicamente (folios 1 a 1534 y 1549 a 1555, cuaderno 88).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El juzgador *ad-quem* inicialmente precisó que la prosperidad de la pretensión final de las primigenias accionantes, la cual tenía como propósito la declaratoria de una fuerza mayor que trunció los contratos, así como el silencio de tales intervinientes al no apelar la decisión de primera instancia, impedían al Tribunal analizar las demás peticiones que tal extremo procesal incoó.

2. Seguidamente anotó necesario calificar la naturaleza de esos convenios, no obstante que el *a-quo* no lo hizo, coligiendo estar ante promesas de venta de acciones que, a pesar de contener varias condiciones, reunían las exigencias legales porque constan por escrito, son idóneas para disponer de los bienes objeto de las mismas, consagran una fecha cierta para perfeccionar el negocio prometido posterior al acaecimiento de las condiciones determinadas, contienen sus elementos esenciales; y porque no existe censura en relación con los presupuestos de capacidad, consentimiento exento de vicios, causa y objeto lícitos.

Añadió no ser de recibo la alegación de Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía. SA -según la cual no se trató de promesas de venta sino de acuerdos de compra-, pues así lo deja ver la estipulación de que la enajenación sería celebrada el séptimo día común siguiente a la aceptación de la oferta por los vendedores, fecha en la que estos recibirían la primera cuota del precio, las garantías del saldo y entregarían las acciones libres de gravámenes o limitaciones.

3. A continuación consideró que, al contrario de lo definido por el operador judicial de primera instancia, no constituyó fuerza mayor el requerimiento de la Comisión Nacional de Valores a Coloca para que explicara el ingreso al país de los dineros con que cancelaría el precio, por tratarse de un requisito legal que, por ende, debía ser conocido y previsto por la compradora, al tratarse de una persona jurídica que pretendía asumir el control de un banco; previsibilidad y sapiencia que tampoco se desvirtúan porque la exigencia fuera posterior a la aprobación de la oferta pública de compra, ya que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sentenció que este permiso no fue alterado tras la solicitud de la Comisión.

Añadió que la concesión de plazo para el pago del saldo del precio de las acciones por los vendedores tampoco era óbice para que Coloca desconociera la obligación puesta de presente por la entidad gubernamental, que debía ser satisfecha anticipadamente, porque de lo contrario la negociación quedaría sometida a un hecho aleatorio; a más

de que el requerimiento fue aceptado tácitamente con la solicitud de prórroga del plazo para satisfacerlo.

4. En relación con la desestimación de las pretensiones por vía de reconvención, teniendo en cuenta que la única censura alegada en las apelaciones aludió al incumplimiento de las prometientes compradoras, por no haber pagado el saldo de la primera cuota del precio de las acciones, anotó el Tribunal que para perfeccionar la venta era necesario que esta erogación se produjera el 20 de septiembre de 1982, pero simultáneamente las vendedoras debían estar dispuestas a entregar los títulos endosados y libres de gravámenes, en la cantidad mínima de 18'889.994 acciones y comunicar previamente su aceptación a la oferta de compra.

No obstante, 3'738.494 títulos objeto de la segunda promesa de venta de 4 de junio de 1982 estaban pignorados, y el gravamen fue levantado hasta el 28 de octubre de 1982, según la prueba documental y las declaraciones recaudadas, lo cual evidencia que las prometientes vendedoras no podían hacer la tradición, a más de que sus contendoras tampoco tuvieron conocimiento de que el acreedor prendario hubiera autorizado su traspaso.

Y aunque en reemplazo de las acciones gravadas fueron ofrecidas otras, no bastaron por sumar 206.726 mientras que aquellas totalizaban 3'738.494, lo que deja ver su insuficiencia por no alcanzar el número mínimo requerido para tomar el control del Banco de Caldas, como había sido convenido, por lo que hubo infracción de las accionadas al

estar infirmada su intención de honrar ese compromiso, conclusión que no se desvirtúa porque el acreedor prendario tuviera el propósito de avalar la negociación pues el gravamen existía.

Por eso, las demandadas carecían de legitimación para pedir la declaratoria de incumplimiento de Pronuida y Coloca, al no allanarse a honrar sus compromisos, simultáneos con los de estas, lo que afectó a todos los prometientes vendedores, que se comprometieron a transferir solidariamente un mínimo de 18'889.994 acciones.

5. Respecto de las arras acordadas por las partes el *ad-quem* coligió que su tipología era penitencial e inviable la súplica de las primigenias convocadas tendiente a que se declare su derecho a conservarlas, debido a su infracción.

6. Posteriormente el fallo aludió a los supuestos yerros de procedimiento que el Banco enjuiciado alegó, para lo cual concluyó que el *a-quo* no omitió pronunciarse acerca de la pretensión de nulidad de las promesas de venta, ni de la responsabilidad endilgada a los demás demandados, menos de su solidaridad como constituyentes de la fiducia, porque los dos pilares en que basó su sentencia (según los cuales la condena restitutoria se erigió en la fuerza mayor que tornó ineficaces los convenios impidiendo su ejecución y en la entrega por el Banco de los depósitos fiduciarios cercenadora de la posibilidad de que operaran las ofertas concurrentes), implícitamente avalaban la validez de los acuerdos preparatorios y exoneraban de responsabilidad a los

restantes encartados, máxime cuando la parte resolutive sí contiene manifestación expresa sobre esas solicitudes.

De cualquier manera, agregó, tal crítica debió ser propuesta por las demandantes, pues quien ahora la expone no pretendió esa declaración, lo cual convierte dicho tópico de la decisión en inmodificable por cuanto aquellas no apelaron.

En adición, la responsabilidad pedida respecto de los otros enjuiciados estaba erigida en las promesas de venta, al paso que la del Banco en la falta de observancia de las instrucciones impartidas en el encargo fiduciario reduciéndose la fuente indemnizatoria a su actuar exclusivo, que por tanto desvirtúa la solidaridad, tesis que avaló el Tribunal al resultar intrascendente establecer quién se aprovechó de los dineros; además el Banco no alegó tal relación común, por el contrario siempre se deslindó de los demás integrantes de la parte pasiva de la *litis*, al punto que ese reclamo no lo expuso como excepción ni pretensión.

Tampoco hubo incongruencia en la modalidad *extra petita* al declararse la fuerza mayor como detonante de la ineficacia declarada, en la medida en que la simple lectura de las pretensiones subsidiarias pone de presente que tal ruego sí fue elevado.

7. Aludiendo a la objeción grave que dejó de resolver el Juzgado de primera instancia respecto de la pericia practicada, el Tribunal coligió que no se configura en la

medida en que la diferencia entre las conclusiones de ese dictamen pericial y el practicado como prueba de ese reproche obedeció a las disímiles metodologías empleadas por los auxiliares de la justicia, lo cual no constituye error.

8. Centrándose en el negocio fiduciario, otro ítem de la apelación del Banco, el operador judicial destacó que se trató de un encargo fiduciario como garantía de cumplimiento de las promesas de venta, en el que todos los prometientes compradores y vendedores fungieron como beneficiarios bajo ciertas condiciones, siendo de rigor para el fiduciario acudir a estos precontratos para establecer el destinatario de los dineros, aun cuando no hayan sido incluidos en las instrucciones del encargo, por el deber de diligencia que yacía en él en desarrollo de los principios y el ordenamiento jurídico que rigen su actividad, por conocer el convenio causal como lo confesó su representante legal, porque los depósitos tenían la doble finalidad de ser parte del precio y arras penales confirmatorias, así como por tratarse de una negociación que tenía por objeto sus propias acciones, lo que imponía mayor celo así como el deber de resistir la eventual presión de los titulares de su participación accionaria.

Por ese sendero, coligió el Tribunal, fue acertada la conclusión del *a-quo*, según la cual la entrega de los depósitos objeto del encargo fiduciario por el Banco de Caldas a los prometientes vendedores estaba supeditada no sólo a las autorizaciones que impartieran la Superintendencia Bancaria y la Comisión Nacional de Valores, también al vencimiento del término establecido para

la presentación de ofertas concurrentes, porque de ocurrir esto se frustrarían los contratos prometidos debiéndose reintegrar los depósitos a los prometientes compradores, todo lo cual se plasmó en el escrito de instrucciones.

Esta interpretación contractual, agregó la sentencia, no fue indiferente para el Banco, ya que para entregar a los accionistas vendedores los dineros depositados exigió al mandatario de algunos suscribir un pagaré en garantía, «*en caso de que se presentare oferta concurrente de compra*», muestra inequívoca de que tenía dudas sobre la legalidad de la redención de los CDT's al contrariar las instrucciones impartidas.

Incluso, el Banco también debía abstenerse de redimir estos títulos si se presentaban circunstancias diferentes a las previstas en las instrucciones, como un incumplimiento mutuo. Sin embargo, procedió a su pago apresurado el 12 de agosto de 1982, tan sólo 3 días después del acto administrativo con el cual la Comisión Nacional de Valores autorizó la oferta pública de compra, que por ende no estaba en firme.

Entonces, la entidad financiera entregó de forma antelada los certificados de depósito a los prometientes vendedores, irregularidad que por ilegal imponía condenarla a su restitución, porque en el contrato de mandato -que se asimila al encargo fiduciario- el mandatario responde hasta de la culpa leve; al margen de que con posterioridad se

estableciera la inexistencia de ofertas concurrentes y se frustrara la adquisición de las acciones.

La anterior conclusión no se ve mitigada porque las demandantes omitieran cuestionar previamente la entrega de los depósitos que hizo el Banco a favor de sus convocadas, como quiera que el silencio no puede interpretarse como aceptación, pues esta requiere la aprobación de la parte contraria conforme al inciso final del artículo 1602 del C.C., la cual no obra en el plenario.

9. El presente litigio tampoco constituye censura de un acto propio de los iniciales convocantes, al haber tramitado una acción contencioso administrativa en contra del Estado, porque la responsabilidad de un ente gubernamental no frustra la de un particular.

10. Lo dicho deja ver que debe confirmarse la providencia apelada, aunque modificándola para indicar que:

10.1. Los intereses remuneratorios reconocidos deben calcularse durante el lapso de vigencia de los títulos de depósito por existir pacto de las partes en tal sentido, es decir, hasta el 2 de agosto de 1982, acuerdo que además prohibía su prórroga e indicaba que a su vencimiento no se generarían intereses. Sin embargo, estos réditos no se reconocerán porque las partes estipularon que *«en todo caso serán devengados por los vendedores»*.

10.2. Los réditos moratorios reconocidos por el Juzgado de primera instancia a partir del 30 de septiembre de 1982 deben ser descartados, porque son de estirpe netamente sancionatoria y, por ende, requieren que el deudor esté en mora de satisfacer sus obligaciones, presupuesto que en el *sub lite* no aparece cumplido al omitir acreditarse que las primigenias demandantes intimaron al Banco para que acatara sus compromisos.

Y aunque la modificación del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil con el precepto 1º del decreto 2282 de 1989 tuvo como fin consagrar que la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, esto es inaplicable al caso de autos porque el Banco fue vinculado a este trámite el 6 de diciembre de 1983, cuando dicha alteración normativa no existía, a más de que tampoco tuvo efectos retroactivos.

Ni siquiera la reforma que en el año 1993 introdujeron las demandantes a su libelo inicial posibilita el reconocimiento de los intereses moratorios, en razón a que es la presentación de la demanda -no su reforma- la que lleva implícito el efecto sustancial citado, salvo que en esta se involucren relaciones jurídicas no contenidas en la primera, lo que no ocurrió en el *sub lite*.

Por otra parte, el Banco de Caldas no incurrió en mora desde el 30 de septiembre de 1982, porque tal fecha no encarna un plazo pactado ni el vencimiento de uno dentro

del cual debiera cumplir una obligación, toda vez que los depósitos no cumplieron ninguno de los propósitos convenidos por los negociantes, de donde la obligación restitutoria nace con la sentencia que así lo determine, puesto que como la oferta pública de compra fue autorizada y no hubo ofertas concurrentes, correspondía a una decisión judicial determinar el derecho que tenían las demandantes al reintegro de los depósitos, lo que impide afirmar que el Banco incurrió en mora desde el 30 de septiembre de 1982.

10.3. Como regla de principio la condena al pago de intereses sobre intereses, también denominada capitalización de estos, conforme al artículo 886 del Código de Comercio, procede desde la fecha de la demanda judicial del acreedor siempre y cuando los réditos se adeuden con un año de anterioridad o haya pacto en tal sentido, pero estos requisitos no concurren en el *sub judice* por inexistencia del convenio; así como porque el libelo fue presentado el 19 de abril de 1983 y los intereses de plazo -que eran para las vendedoras- sólo cobraron exigibilidad el 3 de agosto de 1982, ni siquiera partiendo del 3 de mayo de 1982, como fecha de constitución de los depósitos se cumpliría la anualidad citada.

10.4. En subsidio de los intereses moratorios y su capitalización, es procedente la indexación de la condena dictada por el *a-quo* desde la fecha de entrega de los depósitos hasta la ejecutoria de la sentencia.

10.5. Por último, la cesión de derechos que Coloca hizo en favor de Prounida, frente a la cual las convocadas guardaron silencio, implicó que la legitimación por activa quedara radicada únicamente en la cesionaria.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Prounida planteó siete cargos, dos invocando la vulneración directa de la ley sustancial y cinco por la vía indirecta; BBVA Colombia radicó cinco reproches, tres por ésta última senda, uno fincado en aquella y otro alegando un yerro de procedimiento en la sentencia del *ad-quem*; la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA y Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA aunadamente esgrimieron un embate endilgando la transgresión indirecta de la ley sustancial; por último, Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA y Propaganda Sancho y Cía Ltda al unísono propusieron un cuestionamiento por éste mismo sendero.

Como quiera que una de las censuras presentada por el BBVA Colombia se funda en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por esta iniciará el estudio de la Corte por ser el orden lógico, en la medida en que es de rigor despachar primero los embates que imputan al Tribunal errores *in procedendo*.

Agotado el anterior estudio, se proseguirá con el de los demás cargos, los cuales coinciden en aducir que el fallo

fustigado vulneró la ley sustancial, unos por vía recta y otros por la senda indirecta.

Para este propósito forzoso será continuar con los ataques expuestos por los iniciales demandados, en la medida en que tienen el objetivo de derruir la desestimación de las pretensiones incoadas a través de las demandas de reconvencción, así como la condena emitida contra el Banco de Caldas, hoy BBVA Colombia.

Como quiera que dos reproches incoados por esta entidad financiera prosperarán, por sustracción de materia no serán analizados los esgrimidos por Prounida, en cuanto están dirigidos a obtener una condena dineraria superior a la que logró.

Lo anterior, sin olvidar que son puntos vedados para la Corte las pretensiones de las iniciales demandantes, a través de las cuales deprecaron la declaratoria ineficacia de las promesas de venta, por cuanto todas estas aspiraciones fueron desechadas por los juzgadores de instancia, sin que ese extremo procesal mostrara inconformidad, pues desistió del recurso de apelación que incoó contra la sentencia de primera instancia, además sus cargos únicamente pretenden el aumento de la condena impuesta al Banco de Caldas.

QUINTO CARGO DEL BBVA COLOMBIA

Con base en la segunda causal de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa el

fallo de incongruente por *mínima petita*, habida cuenta que, de un lado, la condena al pago de los dineros representados en los certificados de depósito constituidos como encargo fiduciario sólo fue impuesta al Banco de Caldas, no obstante que en la demanda se solicitó extenderla a todas las convocadas, solidariamente o no.

De otro lado, porque tal condena no estuvo precedida de la declaratoria de responsabilidad del Banco por la entrega ilegal de los certificados, como había sido pedida.

Por último, censuró que tampoco se hubiera establecido la responsabilidad de las demás accionadas que exigieron y recibieron del Banco las sumas de dinero producto de la redención de los CDT's.

CONSIDERACIONES

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

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

2. El artículo 305 de este estatuto procesal civil, equivalente al actual 281 del Código General del Proceso, establece que *«la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta»*.

De allí se desprende que al juzgador le está vedado imponer una condena que supere las súplicas del reclamante, pronunciarse sobre un objeto distinto al delimitado por los contendores o por una causa diferente a la invocada por ellos, al paso que está obligado a resolver los que sí fueron expuestos; todo sin menoscabo del ejercicio de sus facultades oficiosas.

En relación con esto la Sala ha decantado:

(...) son los involucrados en el conflicto, con sus escritos, quienes delimitan el contorno del debate, fijando las pautas a tener en cuenta al momento de desatar la litis y restringiendo, por ende, la labor del funcionario encargado de resolverla. De esa forma, el desconocimiento del querer explicitado se constituye en una irregularidad en la producción del fallo, ya sea por referirse a puntos no sometidos a discusión, acceder a menos de lo pedido o desbordando los alcances esbozados (...) Al respecto la Sala en SC de 18 de diciembre de 2013, rad. 2000-01098-01, precisó que (...) validada la suficiencia del texto de la demanda, mediante su admisión, y concedida la oportunidad de contradecir a aquellos contra quienes se dirige, no puede el funcionario dirimir la disputa

por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las expectativas de éstas, al dejar de lado aspectos sometidos a su escrutinio o al resolver puntos que no han sido puestos a consideración, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiosas conferidas por la ley (...) Y en ese mismo pronunciamiento recordó como (...) La Corporación tiene dicho al respecto que '[e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso'. (CSJ SC8410 de 2014, rad. 2005-00304).

Como regla de principio, no incurre en incongruencia el fallador cuando desestima totalmente las súplicas de la demanda, porque tal decisión repele cualquier exceso u omisión en la resolución del debate, habida cuenta que «(e)ste motivo de impugnación, en principio, es ajeno a los fallos completamente adversos a quien provoca el conflicto, en la medida que brindan una solución íntegra frente a lo requerido y sus alcances totalizadores no dejan campo para la duda o la ambivalencia. En otras palabras, se niega lo que se pide y, por ende, no puede decirse que exista una contradicción por el sólo hecho de que el reclamante insista en un propósito y el funcionario no encuentre soporte al mismo.» (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 2000-01098-01).

Sin embargo, excepcionalmente el juez puede incurrir en el vicio de incongruencia -a pesar de desestimar todo lo solicitado-, cuando toma un camino ajeno al debatido por los involucrados en la *litis*, es decir, desconoce abiertamente la

situación de facto sometida a su conocimiento y lo pedido con base en esta.

Igual yerro comete el funcionario judicial si tiene por probadas defensas no esgrimidas en tiempo y que eran del resorte exclusivo de una de las partes, como la prescripción, la nulidad relativa y la compensación.

Así lo precisó la Corte al considerar:

(...) en el caso de que la decisión absolutoria sea el producto de un desvío considerable de los hechos consignados en el libelo o haciendo caso omiso a los alegatos oportunamente presentados por los intervinientes, desbordando los límites allí trazados al elaborar una interpretación personal del asunto, que dista del querer expreso de las partes, tal proceder constituye un defecto que puede ser objeto de revisión. Lo que también ocurre si se tienen por probadas, de oficio, las defensas que omitió plantear el opositor al apersonarse del proceso, estando a su exclusivo cargo, como sucede con la prescripción, la nulidad relativa y la compensación. (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 2000-01098).

Por lo tanto, para la prosperidad de la causal segunda prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, hoy numeral tercero del canon 336 del Código General del Proceso, es menester que el recurrente demuestre un exabrupto palpable entre lo narrado y exigido en la demanda, así como lo planteado en las defensas del oponente, frente a lo que aparece consignado en el fallo, de tal manera que se note de bulto cómo lo decidido es extraño al debate.

3. En el *sub judice*, no cabe duda de que las demandantes iniciales elevaron la pretensión condenatoria

en contra de todas las convocadas, al punto que el cargo no alega su inexistencia; se centra en que la condena debió extenderse a todo ese extremo procesal, no ser exclusiva en contra del Banco de Caldas.

Con base en tales premisas y de cara al embate bajo estudio, colige la Corte que la incongruencia por *mínima petita* no se configuró, porque si bien es cierto que solo al referido Banco se le ordenó pagar los dineros que entregó a sus codemandadas, no obstante que dicha condena se deprecó de forma solidaria respecto de todas las convocadas, no lo es menos que el Tribunal explicó el porqué de dicha restricción, como se apunta seguidamente:

3.1. En primer lugar, señaló que *«(...) como el banco condenado no izó pretensión alguna contra ellas, no puede en la hora de ahora reclamar sobre la falta de declaración expresa sobre puntos que en su oportunidad no hizo valer. En este sentido debe destacarse que solo la parte demandante podía demandar esa absolución implícita, ataque que finalmente se diluyó ante el aceptado desistimiento del recurso interpuesto por los actores.»*

Lo anterior revela que el razonamiento del juzgador colegiado fue que el BBVA carecía de interés para fustigar la falta de pronunciamiento condenatorio en contra de sus codemandadas, como quiera que esa entidad financiera no deprecó dicha pretensión, de donde tampoco podía extrañar una decisión ajena a sus súplicas.

3.2. Y no obstante que la anterior conclusión bastaba para desechar las alegaciones de la entidad financiera plasmadas en su alzada, el fallador igualmente consideró que:

«Así mismo debe aclararse que la fuente de la responsabilidad de los demandados es diferente; pues para algunos de los convocados ella dimana de los contratos de promesa de compraventa de acciones; mientras que la del banco se deriva de la inobservancia de las instrucciones suministradas dentro del negocio de la fiducia, diversidad que justifica que la condena impuesta al fiduciario no fuere solidaria, pues esta modalidad obligacional ni fue pactada ni tampoco la ley la impone.»

3.3. En relación con la supuesta omisión en la auscultación de la responsabilidad de las demás accionadas por exigir y recibir del Banco los títulos valores, el *ad-quem* anotó que *«si bien el juzgador no realizó un exhaustivo análisis sobre el eventual compromiso de los constituyentes de la fiducia, vinculados también como demandados, en la medida en que ellos ‘obtuvieron al (sic) entrega y pago de los títulos’; sin embargo, al considerar que la responsabilidad de la entidad financiera se fundó en el hecho exclusivo del desacato de las instrucciones, de donde así mismo dedujo el pago prematuro, de manera implícita descartó esa solidaridad, al reducir la fuente indemnizatoria a un actuar exclusivo del fiduciario que no se comunica a los demás demandados; afirmación que ahora debe sostenerse, pues relación común nunca fue alegada por el recurrente, la que por*

el contrario, de manera vehemente, descartó, a lo que se adiciona que la repulsa que en este momento realiza el apelante, en su oportunidad no la presentó como objeto de pretensión o excepción, que habilitara el pronunciamiento del Tribunal para resolver sobre esas relaciones internas inexistentes en el grueso de los demandados.

En este orden, al preexistir implícita resolución sobre la ausencia de solidaridad entre los demandados, habrá de concluirse que el defecto reclamado no ocurre, sin que sea posible pronunciamiento sobre la responsabilidad de los demás convocados, pues ese tema escapa a la competencia del Tribunal, en la medida que por no haber sido impugnada por quienes realmente resultan afectados, ahora y para este proceso, tiene sello legal.»

Entonces, el Tribunal desestimó la condena que extraña el Banco de Caldas respecto de las restantes accionadas, fincado en que la responsabilidad de estas fue erigida en acuerdos de voluntades distintos al encargo fiduciario que lo ligaba a él, lo que de entrada desvirtuaba la solidaridad pretendida por ausencia de pacto o de mandato legal que vinculara a todos los convocados.

Agregó que la entidad financiera fue quien incumplió las instrucciones dadas para la redención de los certificados de depósito, por lo que esa infracción sólo era atribuible al Banco.

Además, consideró que el reclamo puesto de presente por el BBVA debió serlo por las iniciales demandantes, en cuanto fueron estas las que elevaron la pretensión desechada.

3.4. Ahora, que la condena impuesta a la entidad financiera no estuviere precedida de una declaratoria de responsabilidad por la entrega ilegal de los certificados de depósito, no configura la incongruencia alegada, en razón a que el Tribunal sí abordó el tema, en la parte motiva de su determinación, explicando las razones que generaban la responsabilidad de la entidad bancaria, con independencia que no se haya declarado expresamente en el acápite resolutivo de la sentencia.

Recuerda la Corte, porque viene al caso, que entre el acápite considerativo y el resolutivo de una providencia judicial existe íntima conexión, en razón a que la primera sirve de explicación y delimitación a la segunda, dado que allí encuentra sus fundamentos, al punto que no es posible desligarlas sin que pierdan sentido mutuamente.

Por eso, *«las sentencias deben tenerse como un todo, en que la motivación y la resolución deben estar en consonancia»* (CSJ, AC, 22 nov. 2011, rad. n.º 2009-00069-01), de allí que son *«un todo indivisible, formado por sus motivaciones y sus decisiones»* (SC, 2 feb. 1988, G.J. n.º 2431, p. 20).

Si bien en el aparte resolutorio se proclaman las decisiones que desatan la controversia, en las

«consideraciones» se encuentran explicaciones, aclaraciones o precisiones que enmarcan el alcance del fallo. Luego, la motivación no sólo tiene una finalidad justificativa, aunque ciertamente sea su principal misión, también es un instrumento para dilucidar lo resuelto.

Esta Corporación precisó, al analizar el derogado numeral 3 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que:

[F]orzoso es no olvidar que en no pocas ocasiones -contados son por cierto los casos en que no ocurre así- los considerandos de una sentencia constituyen la base esencial de la resolución e integran con ella un todo indisoluble. Pues bien, ante un estado de cosas así, en que los motivos forman parte integrante de lo dispositivo y ambos extremos están íntimamente ligados entre sí que el pronunciamiento decisorio carecería de sentido si se prescindiera de aquellos, ha dicho la Corte que... 'no puede prescindirse absolutamente de la parte motiva, cuando de conocer el sentido y el alcance de sus resoluciones se trata...' (SC489, 14 dic. 1989, no publicada).

De allí que como en la parte considerativa se coligió la responsabilidad contractual del Banco de Caldas, lo que tradujo la condena dineraria a él impuesta, tal entendimiento debe irradiar la parte resolutive.

4. Todo deja al descubierto que sí existieron los pronunciamientos judiciales echados de menos por la entidad casacionista, de donde es infundado el vicio de incongruencia esgrimido.

**CARGO ÚNICO DE SUCESOES DE JOSÉ JESÚS
RESTREPO Y CÍA SA y PROPAGANDA SANCHO Y CÍA
LTDA**

1. Al amparo de la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, adujeron la vulneración indirecta de los artículos 1530 a 1531, 1536 a 1537, 1539 a 1540, 1542, 1544, 1546, 1600, 1603, 1608 a 1609, 1618, 1620 a 1622 del Código Civil, 403, 410, 867, 870 a 871, 882, 1216, 1234 a 1235 y 1240 del Código de Comercio, 10 y 12 del decreto 1169 de 1980, 5 del decreto 3604 de 1981, 2, 4 a 6, 46, 127 a 129 del decreto 444 de 1947, 9 ordinal 4 y 10 de la ley 32 de 1979, 4 de la resolución 248 de 1982, 2 a 7 ordinal c), 8 a 10, 13 a 15 de la resolución 2 (sic) de 1981 expedidas por la Comisión Nacional de Valores, debido a errores de hecho en la valoración de las pruebas.

2. Como pilares de este reproche se anotó que el Tribunal coligió de la cláusula primera, literales B y C, así como de la sexta de las promesas de venta, que ambas partes debían cumplir sus obligaciones simultáneamente en la fecha acordada para la entrega del precio por las demandantes y los títulos de las acciones por las accionadas, salvo el Banco de Caldas.

Sin embargo, se trató de un cercenamiento de esos pactos porque su valoración integral desvirtuaba dicha simultaneidad, ya que, conforme a la cláusula séptima, con anterioridad a la referida entrega las prometientes compradoras debían acatar compromisos que les

posibilitaran contar con el dinero para cubrir el saldo del precio, así como constituir las garantías acordadas.

Ciertamente, Coloca y Prounida se obligaron, previamente a recibir las acciones de los vendedores y según las estipulaciones sexta y séptima de las promesas, que fueron cercenadas, a contar con el saldo del primer contado del precio, constituir en el Banco de Caldas depósitos a término para garantizar el pago de la segunda y tercera cuota convenidas en la primera promesa; en subsidio de esta última, entregar un pagaré avalado por un banco extranjero -consentido por los vendedores-; y constituir otros dos certificados de depósito a término en Grancolombiana Corporación Financiera SA, como aval del pago del saldo de la segunda promesa de venta; todo lo cual incumplieron.

3. Añadieron que fueron ignoradas, de un lado, las manifestaciones plasmadas en los libelos de las primigenias accionantes, en las que aceptaron la forma escalonada en que las partes debían acatar sus compromisos, con lo que se acreditaron prestaciones a cargo de las promitentes compradoras anteriores al supuesto incumplimiento simultáneo que coligió el Tribunal; de otro lado, el testimonio de Álvaro Villegas, quien relató la manera paulatina en que los contratantes debían cumplir sus obligaciones.

4. El juzgador tampoco apreció, por alterar la prueba documental, que Coloca incumplió porque al inicio informó a la Comisión Nacional de Valores que los dineros con los que adquiriría las acciones del Banco de Caldas provenían de la

realización de activos propios, pero después declaró que se los suministraría Coloca Internacional; y no dio las explicaciones que le fueron solicitadas por este cambio, tan sólo deprecó prórroga del lapso para cumplirlas.

Por otra parte, el fallo dejó de lado las atestaciones de la demanda de las promotoras, en las que aceptaron el requerimiento hecho por la Comisión Nacional de Valores a Coloca para que aportara el acto administrativo de la autoridad cambiaria que autorizaba el ingreso de capital extranjero para la compra de las acciones, así como la respuesta que da cuenta de su carencia; lo cual deja ver que las convocantes no sólo intentaron engañar a la Comisión, sino que incumplieron previamente porque no contaban con el dinero para hacer los pagos que vencían el 20 de septiembre de 1982, según lo convenido en las promesas.

Esta infracción igualmente está acreditada con el oficio OCB-J-09169 de la Oficina de Cambios del Banco de la República -allegado como prueba trasladada del juicio contencioso administrativo que las demandantes adelantaron contra la Comisión Nacional de Valores-, que denota la omisión de Coloca en tramitar el permiso para el ingreso de las divisas, documento que también fue olvidado en la providencia atacada.

Este desacato aparece ratificado con el testimonio del anterior secretario de la Comisión, Juan Guillermo Serna Valencia, preterido por el Tribunal, quien relató que Coloca no acreditó ante esa entidad la obtención del permiso que él

Banco de la República debía expedir para ingresar esos dineros.

5. De otro lado, agregaron las recurrentes, el fallo supuso la prueba de la solidaridad entre los promitentes vendedores de la primera promesa de venta con los de la segunda, como quiera que dichos acuerdos preparatorios sólo consagran que sus suscriptores responderían solidariamente entre sí, pero no respecto de los signatarios del otro precontrato.

6. También aseveraron que el artículo 9º de la resolución 002 (sic) de 1981 de la Comisión Nacional de Valores consagraba la obligación para el oferente en la compra de acciones, de dar aviso al representante legal y a la junta directiva de la sociedad receptora; mientras que la resolución 248 del 9 de agosto de 1982 de esa entidad gubernamental -con la cual autorizó a Coloca y Prounida a formular la oferta pública de compra- le impuso a estas el deber de acreditar la realización oportuna de las publicaciones ordenadas en tal acto administrativo, los resultados de la oferta con una relación de los accionistas aceptantes y la cantidad de títulos adquiridos de cada uno; requisitos que no fueron honrados, debieron ser acatados con anterioridad al cumplimiento de los que correspondían a las vendedoras y no fueron observados en la sentencia por omitir los citados actos administrativos.

Sobre este aspecto igualmente fue pretermitida la declaración de Guillermo Arango, acerca de que el Banco de

Caldas no recibió comunicación de Coloca ni de Prounida que informara su intención de adquirir más del 10% de las acciones.

7. Igualmente fueron preteridas las contrademandas y las excepciones planteadas frente al libelo inicial, porque el juez colegiado dio por sentado que el único pilar de dichos escritos era el incumplimiento de Coloca y Prounida en el pago del precio; no obstante también se alegó la omisión de estas en radicar oportunamente y con el lleno de las exigencias legales la solicitud de autorización para exteriorizar la oferta pública de compra; la presentación tardía ante la Superbancaria de la petición de autorización para la enajenación de las acciones; el intento de engaño de Coloca dirigido a la Comisión Nacional de Valores sobre el origen de los fondos con los que pagaría los títulos; la retractación de las futuras adquirentes por la crisis financiera que surgió en la época de la operación, disfrazada con una imposibilidad sobreviviente generada por las exigencias que hizo ésta última entidad gubernamental.

8. En adición, en la cláusula primera de las promesas se consagró como obligación de las prometientes compradoras solicitar, con el lleno de las exigencias legales, permiso de la Comisión Nacional de Valores para presentar la oferta pública de compra y de la Superintendencia Bancaria para celebrar la enajenación de las acciones, lo que tampoco fue satisfecho según se desprende del escrito presentado ante la primera entidad por las demandantes; del requerimiento que aquel estamento hizo a Prounida y Coloca

porque no allegaron el aval previo de la Superbancaria por mandato de los artículos 10 del decreto 1169 de 1980 y 5 del decreto 3604 de 1981; y de la solicitud formulada ante ésta última entidad para cumplir tal reclamo, que de cualquier manera fue tardía en razón a que el 19 de agosto de 1982 vencía el plazo para la adquisición de las acciones. Sin embargo, todas estas pruebas fueron ignoradas.

9. Así mismo fueron pretermitidos los testimonios de Álvaro Villegas y Guillermo Arango, en el aparte en que informaron que la posterior adquisición de las acciones del Banco de Caldas por la Federación Nacional de Cafeteros -a petición de la Presidencia de la República de turno- no constituyó una oferta concurrente, obedeció a la necesidad de evitar la propagación de la crisis financiera de mediados del año 1982, al punto que tal venta se hizo a razón de \$85 cada acción, no obstante que Coloca y Prounida intentaron adquirirlas por valores que oscilaban entre \$115 y \$150.

10. También hubo tergiversación de la exposición de Roberto Rivas S., acreedor prendario de las acciones prometidas en la segunda promesa de venta, y de la declaración de su apoderado, Gilberto Arango Londoño, quienes pactaron con los deudores el levantamiento del gravamen previamente a la enajenación proyectada con Prounida y Coloca, para posibilitar esta operación, de la cual el primero a la postre recibiría la satisfacción de su crédito, como fue hecho posteriormente cuando la Federación Nacional de Cafeteros adquirió los títulos.

Por ende, el Tribunal debió colegir que en la misma forma en que fue cancelada la prenda para viabilizar la enajenación a favor de la Federación Nacional de Cafeteros, se hubiera realizado el levantamiento del gravamen si Coloca y Prounida hubieran perseverado en el negocio; lo que desvirtuaba el incumplimiento de las vendedoras.

Además, el juzgador supuso el testimonio de Francisco Arango Correa, pues en el plenario no existe, ya que quien también testificó sobre el acuerdo para levantar la prenda fue Álvaro Arango Correa.

11. Coloca cedió a Prounida los derechos derivados de los contratos materia del litigio, una vez que la Comisión Nacional de Valores le exigió el beneplácito de la autoridad monetaria para ingresar divisas al país que utilizaría para la compra de las acciones, lo cual traducía, sin más, el incumplimiento de las prometientes compradoras como quiera que tal mutación contradecía los términos en los que fueron otorgadas las autorizaciones de la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria para realizar la operación, lo que de nuevo no observó la sentencia.

De no cometer los yerros reseñados, el proveído judicial habría avalado el incumplimiento previo de las prometientes compradoras, no simultaneidad de descatos, máxime cuando era inexistente la solidaridad entre las prometientes vendedoras de las dos promesas de venta.

12. De otro lado, las recurrentes argumentaron que el Tribunal también erró cuando estableció la responsabilidad del Banco de Caldas en la entrega de los certificados de depósito, en apoyo de lo cual anotaron que fue dejada de lado la confesión de las iniciales demandantes plasmada en la demanda de nulidad iniciada ante la jurisdicción Contencioso Administrativa -contra los actos administrativos de la Comisión Nacional de Valores de fechas 14 y 20 de septiembre de 1982 así como el plasmado en el telegrama de 21 de septiembre de ese mismo año-, ya que en ese libelo afirmaron que tal erogación se ajustó a las instrucciones impartidas en el encargo fiduciario, al indicar que para perfeccionar la compra únicamente faltaba la entrega de los títulos endosados a los compradores y su registro.

Entonces, fue caprichoso el epílogo del Tribunal según el cual esta confesión es inexistente; además deja al descubierto que la entrega de los CDT'S correspondió al primer pago del precio convenido, al satisfacerse los condicionamientos, lo cual exoneraba de responsabilidad al Banco.

13. En la interpretación que hizo el fallador colegiado de la carta de instrucciones otorgada en desarrollo del encargo fiduciario mezcló la regulación de dos eventos distintos, el primero contentivo de los requisitos para entregar los dineros a los vendedores y el segundo que alude a su devolución a favor de los compradores en caso de frustrarse el negocio.

En aquel no se dijo que fuera necesario esperar el vencimiento del plazo para la presentación de ofertas concurrentes, como sí se mencionó en este para advertir que en caso de darse tal situación los dineros serían reintegrados a Coloca y Prounida.

Por tanto, hubo alteración protuberante de dicho medio probatorio, pues bastaba con notar que se trataba de dos cláusulas debidamente separadas, numeradas y que preveían eventualidades disímiles.

Tal falencia se produjo, además, porque no se observó la viabilidad de entregar los dineros depositados a los vendedores aun cuando posteriormente el negocio se truncara con la presentación de ofertas concurrentes, en la medida en que las partes acordaron una condición resolutoria de ocurrir esta última contingencia; hermenéutica que sería la única revestida de coherencia porque cualquier otra dejaría ver contradicción, y en la interpretación de las cláusulas de un contrato debe prevalecer aquella que le otorgue sentido para producir algún efecto, en vez de descartarla.

14. Agregaron que no se configura la contradicción establecida por el Tribunal al valorar la carta de instrucciones y las promesas de venta, porque las prometientes compradoras creyeron posible que se presentaran ofertas concurrentes y que fueran aceptadas por las vendedoras antes que la Superbancaria expidiera el permiso para la transferencia de las acciones, entendimiento

que contradice el texto del artículo 10 del decreto 1169 de 1980 y que llevó a Coloca junto con Prounida a solicitar, sin el lleno de los requisitos legales, la autorización para presentar la oferta pública de compra ante la Comisión Nacional de Valores; lo que deja ver que el Banco de Caldas obró bien, máxime cuando no le competía calificar el cumplimiento o desacato de las partes para ser operante la condición resolutoria, por no ser de su resorte sino corresponder a una función de la administración de justicia, salvo lo relativo a los incumplimientos que fueran verificables con la constancia de la Comisión.

15. Adicionalmente, se equivocó el fallo al afirmar que la entidad bancaria entregó los dineros sin tener certeza de su correcto proceder, al punto que exigió un pagaré a Germán De La Roche por si tenía que devolverlos, habida cuenta que este título valor fue acordado como una garantía en caso de que operara la condición resolutoria contenida en el numeral 2º de las instrucciones impartidas a la entidad financiera, de donde el pago fue correcto.

16. La pretensión dirigida contra el Banco de Caldas requería la acreditación del perjuicio que con su actuar generó, el que fue supuesto por el juzgador *ad-quem* aunque estaba desvirtuado, pues no existió oferta concurrente, según se esbozó en este mismo embate extraordinario, al margen que la entrega de los certificados de depósito haya sido prematura.

Entonces, el Tribunal erró en la determinación adoptada derivada de falencias de hecho en la estimación del material probatorio, con transgresión del ordenamiento sustancial denunciado, equivocaciones que de no configurarse llevaban a la desestimación de las súplicas de las iniciales accionantes y a que se acogieran las de sus convocadas, esgrimidas en los libelos de reconvenición.

**CARGO ÚNICO DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE
CAFETEROS DE COLOMBIA, LA COMPAÑÍA AGRÍCOLA
DE SEGUROS SA Y LA COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE
SEGUROS DE VIDA SA**

1. Con fundamento en la causal inicial del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se endilga la vulneración indirecta de los artículos 1530 a 1531, 1536, 1539, 1544, 1546, 1600, 1603, 1609 del Código Civil, 403, 410, 867, 870 a 871, 882, 1234 a 1235 y 1240 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas.

2. En desarrollo del cargo se adujo que el Tribunal coligió, del literal b) de la cláusula primera de los acuerdos preparatorios, que las compraventas serían perfeccionadas en la fecha acordada para la entrega recíproca del precio por las demandantes y los títulos de las acciones por las accionadas -salvo el Banco de Caldas-.

Partiendo de dicha base extractó que los prometientes vendedores incumplieron las promesas de venta, por lo que

eran imprósperas las pretensiones contenidas en sus libelos de reconvencción.

Sin embargo, una correcta interpretación de los precontratos en su integridad deja ver que la enajenación quedó celebrada cuando las prometientes vendedoras declararon su voluntad de enajenar a los prometientes compradores una cantidad mínima de acciones, como lo denota la estipulación segunda de aquellos convenios; lo que traduce que el fallador cercenó esta disposición contractual, incurriendo en error de hecho.

Y aun cuando es cierto que en el literal b) de la cláusula primera se utilizó el vocablo «*perfeccionamiento*», esto tuvo como fin prever aspectos relativos a la ejecución de la venta, lo cual evidencia que el Tribunal también adicionó la prueba.

De no cometer estos yerros se habría visto conminado a examinar el orden en que las partes debían acatar sus obligaciones, estableciendo que los compradores se comprometieron -previamente a la entrega de los títulos por los vendedores y según la estipulación sexta que por ende fue cercenada- a constituir en el Banco de Caldas los depósitos a término que garantizaran el pago de la segunda cuota del precio; entregar un pagaré avalado por un banco extranjero -consentido por los vendedores-; y conceder otro certificado de depósito a término constituido en Grancolombiana Corporación Financiera SA en garantía del pago del saldo de la segunda promesa de venta; todo lo cual incumplieron, como también omitieron acreditar que contaban con el

cheque para cancelar los \$230'039.885 correspondientes a la primera cuota una vez descontadas las arras.

3. Igualmente fue cercenado parcialmente el testimonio de Guillermo Arango, pues el Tribunal extractó que la prenda que gravaba las acciones objeto de la segunda promesa de venta fue levantada el 28 de octubre de 1982; no obstante, el testigo también informó que se reunieron más del mínimo de los títulos acordados, que fueron remitidos al Banco de Caldas; que este no recibió comunicación de Coloca ni Prounida informando su intención de adquirir más del 10% de las acciones; todo lo cual evidencia que las demandantes perdieron el interés en la adquisición por la crisis financiera que se dio en la época del negocio.

4. Reiteró el cargo, aunque con sus propias palabras, la censura casacional expuesta por Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA y Propaganda Sancho y Cía Ltda en relación con la preterición de los testimonios de Roberto Rivas S. (numeral 10º) y Álvaro Villegas V. (numeral 3º); así como respecto de la prueba documental recaudada que dio cuenta de que Coloca plantó escollos a la negociación, al informar inicialmente a la Comisión Nacional de Valores que los dineros con los que adquiriría las acciones provenían de la realización de activos, pero posteriormente declaró que se los suministraría Coloca Internacional (numeral 4º); descontentos que la Corte da por reproducidos.

5. De otro lado, fue ignorada la inspección judicial con exhibición de documentos practicada en la sede de Prounida,

de la cual se desprendió que esta entidad no podía cumplir con los pagos posteriores a la primera cuota del precio, referidos en el numeral 2º de este cargo; el indicio derivado de la imposibilidad de evacuar tal diligencia en la sede de Coloca porque no fue posible hallarla; la versión de Gustavo de Greiff Restrepo, quien fungió como abogado de Germán de la Roche -a su vez mandatario de los vendedoras de la segunda promesa- al declarar que el 13 de septiembre de 1982 su cliente aceptó la oferta pública de compra, se enteró que los demás enajenantes hicieron lo propio, todos endosaron al Banco de Caldas los títulos para su correspondiente inscripción a favor de las compradoras y que estas no cancelaron la parte del precio pactada para el día 20 del mismo mes y año; la exposición del testigo Gilberto Arango Londoño, apoderado del acreedor prendario Roberto Rivas S., que guardó concordancia con la de este; la declaración de Juan Guillermo Serna Valencia, anterior secretario de la Comisión Nacional de Valores, quien comentó que Coloca deshonoró primero sus obligaciones, además no acató el requerimiento estatal que se le hizo para que explicara el ingreso de divisas del exterior y que las vendedoras sí exploraron alternativas, como la adquisición de las acciones por Prounida únicamente.

6. Adicionaron las recurrentes que al apreciar la demanda y su reforma el juez colegiado también omitió observar que no contiene alusión a la forma en que las compradoras consumirían el pago del saldo de las acciones, pactado en la cláusula sexta de las promesas como antelado a las prestaciones que debían ejecutar las vendedoras, lo que

por ende tampoco probaron; inadvertencia repetida respecto del indicio que operó en contra de las demandantes iniciales porque la misma falta de argumentación y acreditación se dio en el juicio contencioso administrativo que adelantaron contra la Comisión Nacional de Valores; libelo que además fue radicado por Coloca y Prounida a pesar de que aquella le había cedido a ésta previamente los derechos derivados de los contratos materia del litigio, lo que tampoco vio el Tribunal.

7. El juzgador no apreció el documento del 27 de julio de 1982, con el que Coloca cedió sus derechos a Prounida, escrito que sólo reveló en el año 2000, en el curso del proceso, no obstante que allí se acordó la obligación de la cesionaria de ejecutar las prestaciones adquiridas por la cedente, prueba que daba lugar a establecer que las vendedoras carecieron de voluntad para llevar a feliz término la venta de las acciones.

8. Todos los yerros, de no haber sido cometidos por el *ad-quem*, hubieran dado lugar a declarar a las iniciales demandantes incumplidoras de las promesas que ajustaron con sus contendoras y a que accedieran a las pretensiones elevadas por vía de reconvención, porque las prestaciones de ambas partes no eran simultáneas -como erradamente lo definió el fallo-; y que las accionantes fueron quienes inicialmente deshonraron los pactos, incluso poniéndole trabas a la Comisión Nacional de Valores; lo que además tornaba intrascendente el gravamen prendario que recaía sobre varias de las acciones objeto de ese convenio, a pesar

de que el acreedor prendario sí estuvo dispuesto a cancelarlo de manera previa.

9. Al igual que en el cargo inmediatamente anterior (numeral 13), este embate critica el fallo fustigado aduciendo que también erró al establecer la responsabilidad del Banco de Caldas en la entrega de los certificados de depósito, para lo cual reiteró que existió yerro en la interpretación de la carta de instrucciones otorgada, argumentos que la Corte da por copiados con fines condensadores.

Así mismo alegó que también fueron distorsionadas las instrucciones cuando el fallador dedujo que el Banco erró al pagar anticipadamente los certificados de depósito, al margen de que a la postre no se presentaran ofertas concurrentes, pues si esto último hubiera sucedido estaríamos ante un pago irregular, no anticipado, y la diferencia radica en que en este la prestación quedó convalidada una vez se constató la ulterior inexistencia de ofertas concurrentes.

Agregó el cargo que, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal, las autorizaciones expedidas por la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria no generaban *ipso facto* la posibilidad de que fueran admitidas ofertas concurrentes, ya que previamente era menester que los compradores «*verificaran la oferta*», y que de presentarse alguna otra proveniente de un tercero los vendedores la consintieran, tal cual se anotó en la cláusula 5ª de las promesas de venta, de donde la recepción por estos últimos

de los dineros consignados a títulos de arras tradujo la manifestación implícita de que no aceptarían oferta distinta a la de Coloca y Prounida.

El *ad-quem* así mismo malinterpretó los contratos preparatorios de 4 de junio de 1982, pues allí no se pactó que los extremos negociales debieran cumplir sus prestaciones simultáneamente, ni que el primer abono -representado en los certificados de depósito- tuviera que hacerse al séptimo día de la aceptación de la oferta por los vendedores. Por el contrario, lo que consagran concuerda con la carta de instrucciones a que se hizo alusión anteriormente.

Igual distorsión se nota al leer la cláusula quinta de dichas promesas, como quiera que el pago inicial del precio acordado no excluía la transferencia previa de los certificados de depósito a favor de los vendedores, precisamente porque se convino que su valor se imputaría a aquella deuda; lo que se reafirma con la mención de que los intereses serían en todo caso para los vendedores, muestra de que era procedente la entrega anticipada a la presentación de ofertas concurrentes de los dineros dejados en garantía al Banco de Caldas.

Fue ignorada la cláusula séptima de las promesas de venta, porque allí se describieron exigencias previas para que los vendedores entregaran los títulos endosados a los compradores, de donde la simultaneidad colegida por el Tribunal requería del cumplimiento de aquellas por parte de las ahora demandantes; y sin que se insertara alusión al

cobro de los certificados de depósito a término, pues lo mencionado fue que esos dineros serían descontados al momento del pago del saldo, dejándose al descubierto que el Banco observó al pie de la letra las instrucciones que recibió.

También se omitió el indicio que pesa contra las iniciales accionantes por no objetar la entrega prematura de los aludidos certificados, pues nótese que sus reclamos no tuvieron este soporte.

Por ende, se equivocó el fallo al afirmar que la entidad bancaria entregó los dineros sin tener certeza de que su proceder fuera correcto, al punto que exigió un pagaré a Germán de la Roche para el evento de que tuviera que devolverlos, habida cuenta que este título valor fue acordado como una garantía en caso de que operara la condición resolutoria contenida en el numeral 2º de las instrucciones impartidas a la entidad financiera, de donde el pago fue adecuado.

Todos los yerros anteriormente mencionados dejan ver que existió la transgresión del ordenamiento sustancial denunciada, que de no haber mediado habría dado lugar a acceder a las pretensiones de los libelos de reconvención en razón al orden en que las partes debían satisfacer sus compromisos, con la consecuente convalidación de la entrega de los dineros que el Banco de Caldas hizo a favor de las demás convocadas a título de retención de las arras penitenciales convenidas, a lo que habría que sumar los perjuicios a ellas causados.

CONSIDERACIONES

1. La Corte emprende el estudio del embate propuesto por las iniciales demandadas Propaganda Sancho y Cía Ltda y José Jesús Restrepo y Cía SA, conjuntamente con el radicado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA y Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA, porque coinciden, en gran parte, al endilgarle a la sentencia cuestionada los mismos yerros de hecho, de donde su análisis también se sirve de iguales consideraciones.

En adición, en tanto los dos embates aducen la trasgresión por el camino indirecto del ordenamiento sustancial y, atendiendo el orden lógico, porque debe abordarse antes de aquellos que aducen la misma conculcación, pero por el camino directo, pues para el análisis de estos es menester tener establecida la situación fáctica que dio origen al litigio.

2. La vía indirecta invocada por las recurrentes en la modalidad de error de hecho en la valoración probatoria, sucede ostensiblemente cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de las pruebas, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma en que se desató el debate, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, lo que debe aparecer palmario o demostrado con contundencia.

Sobre el punto, en sentencia de 21 de febrero de 2012, rad. 2004-00649, reiterada el 24 de julio siguiente, rad. 2005-00595-01, indicó la Sala:

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

3. En tratándose de contratos bilaterales, el artículo 1546 del Código Civil consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del

pacto, en uno y otro caso con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió.

Así lo tiene doctrinado la Sala al señalar que:

En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que "...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor..." (CSJ SC de 7 mar. 2000, rad. n.º 5319).

Por ende, como regla general y respecto de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos,

porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la *exceptio non adimpleti contractus* regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Ahora, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del referido canon 1609, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque esta carecería de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.

La Corte de antaño, al analizar la excepción de contrato no cumplido, precisó que es:

(...) indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: ¿es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanándose a cumplir sus propias obligaciones en la forma pactada, o se requiere que éstas o las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la excepción no es procedente?

El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el contrato quedaría definitivamente estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.

Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desacertadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí

de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.

(...)

El deudor demandando no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor -salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil-, o si, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.

El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar. Según esta disposición, "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Varias hipótesis pueden presentarse:

PRIMERA.- El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.

SEGUNDA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, PORQUE el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo. En tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios.

TERCERA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquel según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, PORQUE el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.

CUARTO.- Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, "dando y dando".

(...)

El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que puedan presentarse, entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista en el artículo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones antes que el

demandante, o que teniéndolas que cumplir al mismo tiempo que las de éste, sólo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció simplemente porque ni uno ni el otro concurrieron a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allanó a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.

No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a DESAPARECER por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a SOBREVIVIR con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste. (CSJ SC de 29 nov. 1978, en igual sentido SC de 4 sep. 2000 rad. n.º 5420, SC4420 de 2014, rad. n.º 2006-00138, SC6906 de 2014, rad. n.º 2001-00307-01, entre otras).

Así las cosas, el contratante que primero vulneró sustancialmente la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.

Igualmente, si la pretensión invocada no es la resolutoria sino la de cumplimiento del pacto, quien así lo demanda sí requiere haber honrado sus compromisos, aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente.

En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores.

4. Conforme lo dicho se sigue al estudio de los cargos incoados por las primigenias demandadas, excepto el Banco de Caldas, que combaten, inicialmente, la conclusión del Tribunal según la cual no estaba al alcance de tales intervinientes la pretensión de resolución de las promesas de venta, porque desacataron sus obligaciones simultáneamente con las de sus contendoras.

El análisis del acervo probatorio de cara a los aludidos reproches deja al descubierto que, contrario a lo que estos aducen, el juzgador acertó al asumir que existió incumplimiento recíproco y coetáneo de las partes.

4.1. En primer lugar, cierto es que las pretensiones plasmadas en las contrademandas tuvieron diversos soportes fácticos, en los que se calificó a Prounida y Coloca como transgresoras de las obligaciones que adquirieron en las promesas de venta, no sólo por la falta de pago de la

primera cuota del precio convenido en cada acuerdo preparatorio (a lo que se limitó el juzgador *ad-quem*), también porque con anterioridad a esta prestación existían otras que desatendieron.

En efecto, las accionantes en reconvención así mismo adujeron, como soporte de sus súplicas, que Coloca y Prounida no solicitaron tempestivamente a la Superbancaria la autorización para la venta de acciones; ni radicaron con los documentos de rigor ante la Comisión Nacional de Valores la petición de permiso para presentar la oferta pública, porque la arraigada careció de las declaraciones juradas sobre el monto y origen de los dineros que utilizarían en la adquisición, así como de la aquiescencia expedida por la aludida Superintendencia.

Sin embargo, estas menciones no fueron pretermitidas por el fallador colegiado, pues si bien es cierto que al momento de auscultar la legitimación de las reconvinientes únicamente se ubicó en la fecha en que estas entregarían las acciones y, a su vez, recibirían una parte del precio, esto obedeció a que consideró que las apelaciones interpuestas sólo cuestionaron el incumplimiento de tal prestación dineraria por parte de las prometientes compradoras, dejando de lado los otros pilares fácticos de sus solicitudes, que habían sido desestimados por el juzgador *a-quo*.

Tal limitación la expuso al señalar que «*(p)or la fracción de los reconvinientes no obran protestas en torno al cumplimiento de las obligaciones de su contraparte respecto*

de las dirigidas a obtener la autorización de la extensión de la OPA y su posterior formulación; la censura milita sobre el acatamiento del débito de pagar el primer contado, el cual habría de realizarse el séptimo día común posterior a la aceptación de la oferta por el grupo vendedor...» (Folio 1474, cuaderno del Tribunal).

En consecuencia, no fueron pasadas por alto las imputaciones de incumplimiento previo que las primigenias convocadas endilgaron a sus contendoras; ni las pruebas relacionadas en los cargos bajo estudio con las que se pretendió demostrar tal infracción (testimonios, la demanda de las primigenias accionantes, su reforma, las confesiones contenidas en estas, promesas de venta, documentos, inspección judicial con exhibición de instrumentos, indicios, etc.)

Se trató de aspectos no estudiados por colegirse que eran ajenos a las alzadas incoadas contra el fallo de primera instancia, y recuérdese que *«no es posible traer al recurso extraordinario asuntos sobre los cuales no se haya discutido en la segunda instancia por no haber sido objeto de apelación, y por haber sido aceptada por el recurrente la decisión sobre ellos tomada por el fallador de la primera instancia, toda alegación que sobre estos particulares se produzca en casación queda en el vacío...» (Casación Civil de 26 de octubre de 1964 y 29 de abril de 1975)» (CSJ, SC de 7 sep. 1993, rad. n.º. 3475).*

Sin embargo, para abundar en razones que desvirtúan esas peticiones de las iniciales convocadas, pertinente es

precisar que, ciertamente, en las promesas de venta materia de este litigio las partes acordaron que «*LOS COMPRADORES se obligan frente a los VENDEDORES a solicitar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha del presente contrato a la Comisión Nacional de Valores, en los términos de las resoluciones 002 del 1º de Diciembre de 1.981 y 032 del 10 de Febrero de 1.982 expedidas por dicha entidad y demás disposiciones sobre la materia, autorización para presentar oferta pública de compra de acciones del Banco de Caldas, sociedad anónima cuyo domicilio principal es la ciudad de Manizales, (...) en una cantidad mínima de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTAS OCHENTA Y SEIS ACCIONES (18.810.786), sin perjuicio de lo que la Comisión Nacional de Valores disponga al respecto.*» (Cláusula primera).

El lapso de diez días referido venció el 18 de junio de 1982, época para la cual Prounida y Coloca habían radicado la solicitud de presentación de la oferta pública de compra ante la Comisión Nacional del Valores, aunque desprovista de la totalidad de los anexos requeridos para el efecto, según lo demuestra la comunicación nº 071/D.D.M. del 1º de julio de 1982, a través de la cual esta entidad informó a las peticionarias que «*no podrá llegar a una decisión sobre la solicitud de Oferta Pública presentada por ustedes, sin antes verificar el cumplimiento del artículo 5º del Decreto 3604 en lo pertinente a que toda transacción que tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de un banco comercial, requerirá la previa aprobación del señor Superintendente Bancario.*» (Folio 63, cuaderno 1).

Así mismo, la Superintendencia Bancaria, con oficio DB-3601 27914 de 28 de julio de 1982, otorgó la anuencia para la realización de la venta de acciones, no sin antes mencionar que *«me refiero a sus comunicaciones **de julio 14 y 15 respectivamente, con las cuales solicitan el permiso** necesario de esta Superintendencia, conforme a lo dispuesto en el Decreto n.º 3604 de 1981, para que las dos sociedades enunciadas al comienzo de la presente comunicación, puedan adquirir las acciones del Banco de Caldas ofrecidas por los demás firmantes como representantes o apoderados de las sociedades que hasta hoy son los accionistas.»* (Resaltó la Sala, folios 207 a 209, cuaderno 19).

Es decir que Coloca y Prounida sí incumplieron las promesas de venta al no diligenciar, en el lapso en que se comprometieron, los permisos que debían conceder la Comisión Nacional de Valores para la presentación de la Oferta Pública y la Superintendencia Bancaria en relación con la enajenación de las acciones del Banco de Caldas.

No obstante, si la Corte interpretara que lo alegado en casación fue que el Tribunal no observó totalmente las críticas plasmadas en la apelación sometida a su conocimiento -lo que realmente los cargos no exponen-, la acción resolutoria invocada por las enjuiciadas por vía de reconvención tampoco saldría avante, por cuanto las trasgresiones contractuales imputadas a las promitentes compradoras carecen de la trascendencia necesaria para que

esta Corporación acceda al recurso extraordinario, requisito sobre el cual la Sala ha expresado:

A tono con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, tiene establecido la jurisprudencia vernácula de la Corte que dicho medio de impugnación, no obstante habilitarse frente a aquellas sentencias que, como resultado de errores (...) resultan infringiendo la ley sustancial, no constituye una instancia más en la que pueda intentarse una aproximación al litigio, de suerte que, tratándose de la causal primera y cuando se acusa al fallador de haber incurrido en ese tipo de yerros, será necesario que el recurrente demuestre (...) que la equivocación (...) es trascendente, "esto es, influyente o determinante de la decisión ilegal o contraria a derecho; lo cual, descarta, entonces, según lo tienen entendido jurisprudencia y doctrina, aquellos errores inocuos o que no influyen de manera determinante en lo dispositivo de la sentencia, porque su reconocimiento ningún efecto práctico produciría" (cas. civ. de octubre 20 de 2000; exp: 5509), por lo menos frente al cometido de la Corte de proveer a la realización del derecho objetivo que, en esa hipótesis, no se vería lesionado. (CSJ S-158 de 2001, rad. n.º 5993).

Lo anterior por cuanto el referido incumplimiento de Coloca y Prounida en la radicación de los permisos citados, así como los demás olvidos que en ese trámite hubieran podido incurrir, fueron perdonados por las prometientes vendedoras.

Efectivamente, una vez obtenido el visto bueno para la compra de las acciones a través de los oficios DB-3601 de 28 de julio de 1982 y DB-3652 del 3 de agosto siguiente de la Superintendencia Bancaria, y la autorización a la oferta pública mediante la resolución 248 de 9 de agosto del mismo año emanada de la Comisión Nacional de Valores; los acá enjuiciados radicaron sendos escritos los días 10 y 13 de septiembre de 1982, ante la Comisión, Coloca y Prounida, en

los cuales aceptaron la propuesta de compra (folios 74, 75 y 107 a 108, cuaderno 15).

Tal asentimiento aparece ratificado con las manifestaciones que, con fuerza de confesión conforme al artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, plasmaron en sus libelos de reconvención, pues allí señalaron que, una vez aprobada la compra de acciones por la Superbancaria y la presentación de la oferta pública por la Comisión Nacional de Valores, Coloca y Prounida efectuaron las publicaciones de ley dando lugar a que las convocadas aceptaran la oferta pública de compra.

Lo dicho denota, según se desprende del desarrollo contractual desplegado por las partes, que los incumplimientos previos de las prometientes compradoras fueron dispensados por sus contendoras al aceptar con posterioridad la propuesta definitiva de adquisición.

Además, dicha indulgencia cobijó todas aquellas infracciones cometidas por Coloca y Prounida hasta el momento en que los asociados del Banco de Caldas aceptaron la oferta pública de compra de su participación, circunstancia que resta trascendencia a los referidos desacatos en el evento de que la Corte casara la sentencia cuestionada y fungiera en sede de segunda instancia.

En otros términos, en lo que atañe a las contravenciones de Prounida y Coloca surgidas hasta la aceptación de la oferta de compra, desapareció la facultad

que yacía en las vendedoras para reclamar la resolución, como contratantes cumplidas, porque fue ejecutada la prestación que añoraban, aunque de manera tardía, y esto lo consintieron.

La razón de ser de dicha mutación, esto es, poseer potestad resolutoria con base en el incumplimiento de su contraparte y pasar a estar desprovisto de ella, deriva del consentimiento que expresaron para proseguir con el desarrollo de lo acordado en las promesas de venta.

Así lo definió la Sala, al aducir:

*(...) lo cierto es que imperativos de justicia y de repulsión al abuso del derecho, llevarían de cualquier modo a considerar que cuando el plazo pactado es esencial al negocio, o cuando su infracción acarrea la decadencia del fin práctico perseguido por las partes, o, en general, cuando surja para el afectado un razonable interés en la resolución del mismo, el cumplimiento retardado no puede enervar la acción resolutoria, **a menos claro está, que éste lo hubiese consentido o tolerado.** (CSJ SC de 21 sep. 1998, rad. n.º 4844, resaltó la Sala).*

Por ende, era inviable la resolución deprecada por vía de reconvenición fundada en la infracción en que incurrieron las iniciales demandantes en la tramitación de los permisos a que se viene aludiendo, pues fue subsanada con el beneplácito posterior de las accionadas.

4.2. En lo que respecta a las alegaciones según las cuales Coloca y Prounida nunca allegaron el permiso que debió otorgar la autoridad monetaria nacional para ingresar las divisas con las que Coloca pagaría parte de su compra,

producto de un posible préstamo obtenido en Panamá; tampoco realizaron las gestiones necesarias para terminar de pagar la primera cuota del valor acordado por las acciones, ni para entregar los certificados de depósito y el pagaré con los cuales garantizarían el remanente de tal deuda, colige la Corte que no se configuraron los errores de hecho imputados al juzgador colegiado.

4.2.1. Ciertamente, las promesas dan cuenta de que, una vez aceptada la oferta de compra por las potenciales vendedoras, el siguiente paso del negocio era la entrega por estas de las acciones libres de gravámenes y el recibo del saldo de la primera cuota del precio junto con las garantías por el saldo, todo lo cual se debía cumplir *«dentro de los siete (7) días comunes siguientes a la fecha en que quede aprobada la negociación por la Superintendencia Bancaria, si esta fuere posterior a la aceptación de la oferta, o dentro de los siete (7) días comunes siguientes a dicha aceptación, si la aprobación fuere anterior»* (cláusulas primera y cuarta de cada promesa).

Partiendo de que la oferta fue aceptada por los últimos prometientes vendedores el 13 de septiembre de 1982, se colige que la fecha máxima para el aludido pago y la entrega de las acciones era el 20 de septiembre del mismo mes y año.

Por contera, son inexistentes las falencias endilgadas al Tribunal en relación con los elementos de prueba que dejaban ver el incumplimiento de Prounida y Coloca por no aportar el permiso que debió otorgar la autoridad monetaria para el ingreso de los dineros con los que Coloca pagaría la

compra, producto de un posible préstamo obtenido en Panamá; pues el plazo concedido para ello por la Comisión Nacional de Valores vencía después, el 23 de septiembre de 1982.

Así lo deja ver la misiva n.º 129/P de 20 de septiembre de 1982, con la cual fue resuelto el recurso de reposición incoado por Coloca ante el requerimiento de que fue objeto, en la que el presidente de esa Comisión señaló que *«ha resuelto prorrogar hasta la fecha de expiración de la oferta de compra, o sea hasta el próximo 23 de Septiembre del año en curso, el plazo de que dispone COLOCA LTDA. para dar cumplimiento a lo requerido en el Oficio n.º 114/P., en lo que dice relación a las explicaciones sobre la modalidad que tendría la operación de cambio anunciada...»* (folios 33 y 34, cuaderno 15).

Traduce lo anterior, como conclusión inequívoca, que las partes tenían las obligaciones de entregarse mutuamente las acciones y el saldo de la cuota inicial del precio junto con las garantías por el excedente, días antes del vencimiento del plazo para que Coloca rindiera a la Comisión Nacional de Valores las explicaciones que le fueron pedidas.

De allí que no erró el Tribunal al omitir analizar el acervo probatorio en relación con la exigencia de la Comisión, cuando coligió que las prometientes vendedoras incumplieron las promesas a la par con sus contendoras, como quiera que la desatención en la obtención del permiso expedido por la autoridad cambiaria para el ingreso de

divisas de Panamá a Colombia era asunto que correspondía acatar ulteriormente y, por tanto, no desvirtuaba el incumplimiento de las reconvinentes ya establecido.

La anterior conclusión la corrobora la sentencia dictada el 25 de septiembre de 1989 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, desestimatoria de la acción de nulidad incoada por Pronuida y Coloca contra la Comisión Nacional de Valores -allegada en copia auténtica al plenario- en cuanto definió que los requerimientos hechos por esta entidad a aquella para que explicara el ingreso de los dineros provenientes de Panamá, no implicaba la revocatoria del permiso concedido para la presentación de la oferta pública de compra de las acciones del Banco de Caldas, ni generaba la suspensión del negocio, pues señaló que *«(c)omo se vé (sic), claramente se determinan dos plazos para que se diera cumplimiento a las obligaciones de Coloca Ltda. respecto a la información sobre el origen (sic) de los fondos relacionados con la oferta pública en curso; y por lo demás, ninguno de dichos plazos interfería con su desarrollo; antes bien, ambos partían del supuesto de que la oferta pública se finiquitaría en los términos de su autorización»* (folios 306 a 371, cuaderno 39).

4.2.2. Tampoco hubo cercenamiento del clausulado de los acuerdos ajustados el 4 de junio de 1982 al colegir el juzgador colegiado que se trató de contratos preparatorios y no de compraventas de las acciones del Banco de Caldas, pues no bastaba para perfeccionar las enajenaciones la obtención de los permisos de la Superbancaria y la Comisión

Nacional de Valores, supuesto del que disienten las primigenias demandadas en sus embates, para señalar que dichas autorizaciones eran suficientes a fin de que surgiera el derecho a recibir el precio acordado.

Lo anterior en la medida en que, primeramente, los cargos no reprochan la conclusión del Tribunal según la cual los acuerdos de 4 de junio de 1982 corresponden a promesas de venta.

En segundo lugar, porque el pago del saldo del primer contado del precio y la entrega de las garantías por los restantes valores, eran obligaciones que debían ser satisfechas en el instante en que las prometientes vendedoras entregaran las acciones, debidamente endosadas y libres de gravámenes, momento en el cual quedaba perfeccionada la venta, pues así lo demuestran las estipulaciones primera, cuarta, sexta y séptima de esos precontratos, porque la primera promesa señala:

CUARTA.- De acuerdo con las condiciones de precio y forma de pago que según el literal B de la cláusula primera figuran en la oferta pública de los COMPRADORES, por esos aspectos la venta objeto de las promesas materia del presente contrato queda determinada así: A) Un primer lote de CUATRO MILLONES SEISCIENTAS MIL ACCIONES (4.600.000) será vendido a razón de ciento quince pesos M/cte. (\$115.00) cada acción, o sea por un total de QUINIENTOS VEINTINUEVE MILLONES DE PESOS M/cte. (\$529.000.000), que será pagado por los COMPRADORES a los VENDEDORES, en Bogotá, en dinero efectivo dentro de los siete (7) días comunes siguientes a la fecha en que quede aprobada la negociación por la Superintendencia Bancaria, si esta fuere posterior a la aceptación de la oferta, o dentro de los siete (7) días comunes siguientes a dicha aceptación, si la aprobación fuere anterior; B) Un segundo lote de DOS MILLONES TRESCIENTAS MIL

ACCIONES (2.300.000) será vendido a razón de ciento cuarenta pesos M/cte. (\$140.00) cada acción, o sea por la suma total de TRESCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$322.000.000), suma que será exigible, en Bogotá, un (1) año después del pago del primer contado, y C) el saldo, o sea las CUATRO MILLONES SEISCIENTAS MIL ACCIONES (4.600.000) restantes, serán vendidas a razón de ciento cincuenta pesos con sesenta y un centavos M/cte. (\$150.61) cada acción, o sea por un total de SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL PESOS M/CTE. (\$692.806.000.00), suma que será exigible, en Bogotá, seis (6) meses después del segundo pago acabado de mencionar.

(...)

SEXTA.- Al momento de hacer LOS COMPRADORES el pago del total del primer contado de que trata la cláusula CUARTA, letra A), según lo allí estipulado al respecto, y **simultáneamente con la entrega que en ese mismo momento deberán hacer los vendedores de los títulos de las acciones vendidas**, de que se habla en la cláusula SÉPTIMA, los COMPRADORES entregarán a los VENDEDORES las siguientes garantías: a) Para asegurar el pago del contrato por valor de TRESCIENTOS VEINTIDOS MILLONES (\$322.000.000.00), exigibles de acuerdo con lo estipulado en la cláusula CUARTA, letra B), del presente contrato, constituirán un depósito a término por ese mismo valor y con igual plazo en el Banco de Caldas. Constituido este depósito, el certificado respectivo será inmediatamente endosado, en forma pura y simple y sin restricciones, a los VENDEDORES, con el lleno de las formalidades que para el endoso exija la entidad depositaria. Es entendido que el endoso solamente se referirá al capital del depósito, no a los intereses que éste produzca, los cuales pertenecerán a los COMPRADORES. B) Para asegurar el pago del contado por valor de SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL PESOS M/CTE. (\$692.806.000.00) exigible de acuerdo con lo estipulado en la cláusula CUARTA letra C), del presente contrato, los COMPRADORES entregarán a los VENDEDORES un pagaré por igual valor y con el mismo plazo, emitido a favor de éstos, suscrito por los COMPRADORES y que estará debidamente avalado por un Banco extranjero aceptado al efecto por los VENDEDORES. El avalamiento en referencia será puro y simple y sin restricción alguna, en forma que el avalista quede obligado en los mismos términos en que quedan obligados los avalados. Es entendido que el pagaré en referencia no causará intereses durante el plazo. PARÁGRAFO: Los COMPRADORES quedan facultados para sustituir la garantía consistente en el pagaré avalado de que se

habla bajo la letra B) de esta cláusula, por la constitución de un depósito a término en el Banco de Caldas por el valor total de la deuda garantizada y con su mismo plazo de vencimiento (cláusula cuarta, letra C). Constituido este depósito, el certificado respectivo será inmediatamente endosado en forma pura y simple y sin restricciones, a los VENDEDORES, con el lleno de las formalidades que para el endoso exija el Banco depositario. Es entendido que el endoso solamente se referirá al capital del depósito, no a los intereses que este produzca, los cuales pertenecerán a los COMPRADORES.

SEPTIMA. Aceptada por los VENDEDORES la oferta pública de los COMPRADORES; habilitados éstos para adquirir las acciones por la Superintendencia Bancaria; constituidos los depósitos a término previstos en la cláusula quinta y en el literal A) de la cláusula SEXTA y entregados los certificados respectivos a los VENDEDORES, entregado a estos el pagaré avalado de que habla el literal B) de la cláusula SEXTA, y hecho el pago en dinero efectivo de la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/ CTE. (\$364.700.000.00), a que se refiere la parte final de la cláusula QUINTA, o sea el saldo del primer contado previsto en el literal a) de la cláusula CUARTA, los VENDEDORES harán entrega a los COMPRADORES de las acciones vendidas, en proporción de una mitad para cada uno, mediante el endoso debido de los respectivos títulos, para que los compradores procedan a gestionar el competente registro en el libro de accionistas del Banco. Todo lo anterior deberá estar cumplido dentro de los (90) noventa días hábiles contados a partir de la fecha del presente contrato. Los VENDEDORES responden de que las acciones vendidas estarán libres de embargos, litigios, gravámenes y limitaciones o desmembraciones del dominio. (Resaltó la Sala).

Y la segunda promesa prevé:

CUARTA.- De acuerdo con las condiciones de precio y forma de pago que según el literal B) de la cláusula PRIMERA figurarán en la oferta pública de los COMPRADORES, por esos aspectos la venta objeto del presente contrato queda determinada así: A) Un primer lote de DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTA NOVENTA Y NUEVE ACCIONES (2'875'999) será vendido a razón de Ciento quince pesos (\$115.00) M/cte (sic) cada acción, ossea (sic) por un total de trescientos treinta millones setecientos treinta y nueve mil ochocientos ochenta y cinco

(\$330.739.885.00) pesos, que será pagado por los compradores a los vendedores, en Bogotá, en cheque bancario de gerencia dentro de los siete (7) días comunes siguientes a la fecha en que quede aprobada la negociación por la Superintendencia Bancaria, si esta fuere posterior a la aceptación de la oferta, o dentro de los siete (7) días comunes siguientes de dicha aceptación si la aprobación fuere anterior; B) Un segundo lote de UN MILLON CUATROCIENTAS TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTAS NOVENTA Y OCHO (1.437.998) acciones será vendido a razón de ciento cuarenta pesos (\$140.00) cada acción, o sea por la suma total de DOSCIENTOS UN MILLÓN (sic) TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$201.319.720), suma que será pagada en la forma de que trata la cláusula sexta. El saldo, o sea la suma DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTAS NOVENTA Y SIETE ACCIONES (2.875.997) restantes, serán vendidas a razón de ciento cincuenta pesos con sesenta y un centavos (\$150.61) cada acción, o sea por un total de CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHO PESOS (\$433'153.908.00), suma que será pagada en la forma de que trata la cláusula sexta.

(...)

SEXTA.- Una vez aceptada por los vendedores la oferta pública de los compradores y **simultáneamente con la entrega por aquellos de los títulos para transferir las acciones**, lo cual deberá hacerse en el momento del pago del primer contado de que trata la cláusula cuarta, los COMPRADORES entregarán a los VENDEDORES los siguientes documentos: a) Para pagar el contado por valor de DOSCIENTOS UN MILLON (sic) TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$201.319.720), exigibles de acuerdo con lo estipulado en la cláusula Cuarta del presente contrato, constituirán un depósito a término por ese mismo valor y con plazo de doce (12) meses a partir del séptimo día de que trata el literal "A" de la cláusula cuarta, en GRANCOLOMBIANA CORPORACION FINANCIERA S.A. "GRANFINANCIERA", a favor de los VENDEDORES. Es entendido que los intereses que éste produzcan será (sic) exclusivamente de los compradores. Constituido este depósito el certificado respectivo será entregado en el momento en que se indica al comienzo de esta cláusula a los VENDEDORES; b) Para pagar el contado por valor de CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHO PESOS (\$433'153.908.00) exigible de acuerdo con lo estipulado en la cláusula cuarta del presente contrato, los COMPRADORES entregarán en la oportunidad indicada a los VENDEDORES un

certificado de depósito a término constituido en GRANCOLOMBIANA CORPORACION FINANCIERA S.A. "GRANFINANCIERA", por igual valor y con plazo de 18 meses, a partir del séptimo día de que trata el literal "a" de la cláusula cuarta, emitido a favor de los VENDEDORES. Entendiéndose que los intereses que se produzcan serán exclusivamente de los COMPRADORES.

SEPTIMA. Aceptada por los vendedores la oferta de los compradores; habilitados éstos para adquirir las acciones por la Superintendencia Bancaria; constituidos los depósitos a término previstos en la cláusula quinta y en los literales a) y b) de la cláusula sexta, y entregados los certificados respectivos a los Vendedores, y hechos el pago en cheque de gerencia de la suma de DOSCIENTOS TREINTA MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$230.039.885.00), a que se refiere la parte final de la cláusula quinta, o sea el saldo del primer contado previsto en el literal a) de la cláusula Cuarta, los Vendedores, harán entrega a los compradores de las acciones vendidas, en proporción de una mitad para cada uno, mediante el endoso debido de los respectivos títulos, para que los compradores procedan a gestionar el competente registro en el libro de accionistas del Banco. Todo lo anterior deberá estar cumplido antes del 19 de Agosto de 1982. Los Vendedores responden de que las acciones vendidas estaran (sic) libres de embargos, litigios, gravámenes y limitaciones o desmembraciones del dominio. (Resaltó la Sala).

Es decir, tal cual lo asumió el despacho judicial de segunda instancia, el pago del saldo del primer contado de las acciones, así como la entrega de las garantías correspondientes al remanente, eran prestaciones que debían ser cumplidas por las prometientes compradoras simultáneamente con la entrega que sus contendoras harían de las acciones libres de gravámenes.

Lo mismo debe concluirse en relación con el argumento de un sector de las demandadas, según el cual las compraventas se perfeccionaron con la manifestación de las vendedoras de enajenar, pues contrariamente a dicha

argumentación el aparte final del literal b) de la cláusula primera de esos preacuerdos, señala que «(e)n la fecha señalada para el pago de la parte del precio en dinero, serán entregados a los aceptantes los títulos valores que le correspondan conforme a lo dicho, y en esa misma fecha harán entrega los aceptantes de los títulos representativos de las acciones vendidas, debidamente endosados, y por consiguiente **quedará perfeccionada la compra** de la totalidad de las acciones objeto del presente negocio.» (Resaltado ajeno al texto).

De allí que el sentido que más se ajusta a la redacción del clausulado transcrito fue el extractado por el Tribunal, al señalar que las obligaciones citadas de las partes debían acatarse simultáneamente y que la compraventa se perfeccionaría en este momento, porque le da significado y relevancia a la inclusión de los vocablos «*simultáneamente*» y «*perfeccionada*», utilizados por los contratantes; y recuérdese que, a voces del artículo 1620 del Código Civil, «(e)l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno».

Es más, de colegirse que también era viable la interpretación que del referido clausulado expusieron las recurrentes, a lo sumo quedaría al descubierto que el conflicto en ese punto alude a la hermenéutica dada por el fallador colegiado a dos acuerdos de voluntades; situación que no denota error de hecho en la determinación cuestionada en casación, menos uno con entidad de

protuberante, por cuanto dicho yerro, susceptible de invocación por esta vía extraordinaria, debe ser ostensible, es decir, que no requiera mayores disquisiciones sino que refulge notoriamente.

Con otras palabras, el ataque no demostró la falencia invocada porque se limitó a exponer un punto de vista distinto al del fallador, cuando debió precisar que se generó la omisión o alteración de la prueba; que a causa de esto las consideraciones del juzgador se tornaron descabelladas e insostenibles de cara a lo que revela el material suasorio; y que la decisión planteada por el censor era la única viable.

De tal forma lo tiene sentado este órgano de cierre, al señalar:

Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, 'cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio' del juez 'está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio', lo que ocurre en aquellos casos en que él 'está convicto de contraevidencia' (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es 'de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso' (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que 'se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía'. (CSJ SC de 21 feb. 2012, rad. nº 2004-00649, reiterada SC 24 jul. 2012, rad. nº 2005-00595-01, entre otras).

Se tiene, entonces, que lo expuesto en los reproches bajo estudio es, en el mejor de los casos, una disparidad de criterios sobre la estimación de las promesas de venta y las demás pruebas que aluden a la temporalidad en que las partes debían cumplir sus débitos y se entendería perfeccionada la venta prometida, pero no la preterición o tergiversación de esos medios de convicción; menos que esto hubiere ocurrido de forma contraevidente, como lo exige el mecanismo de defensa que ocupa la atención de la Corte.

Ahora, que los interesados en la adquisición de las acciones debieran desplegar diversas tareas previas al día convenido de su entrega con el fin de contar con los dineros para saldar la primera cuota del precio y con los documentos que garantizaran las restantes, es asunto que no mengua la anterior conclusión pues lo cierto es que, con independencia de su diligencia o negligencia, el incumplimiento sólo se configuraría en la fecha de hacer la mentada entrega, no con anterioridad.

Ir más allá, como lo sugieren los cargos, sí denotaría la tergiversación de los pactos al agregarles menciones no previstas en ellos, a más de que constituiría una invasión a la órbita interna del deudor, fundamentalmente porque al acreedor tan sólo compete la recepción de la prestación el día pactado para satisfacerla, pero no inmiscuirse en las diligencias personales del responsable a solventarla.

Con otras palabras, aun en el evento de que los adquirentes no contaran con los dineros para cubrir el

precio, lo cierto es que su desacato a las promesas sólo se configuraba el día que tenían que satisfacerlo.

Por tanto, no ocurrió el error endilgado al Tribunal derivado de la interpretación que dio a las promesas de venta, ni la omisión en la valoración de indicios, documentos u otras pruebas que supuestamente mostraban un incumplimiento de las prometientes compradoras anterior al de sus contendoras por no justificar su diligencia para obtener el dinero que utilizarían en el negocio.

4.2.3. Menos puede afirmarse que la falta de obtención por las prometientes compradoras del pagaré otorgado por un banco extranjero, avalado por las vendedoras, con el cual se garantizaría la última cuota del precio acordado en la primera de las promesas de venta, constituía otra infracción precedente de Coloca y Prounida, pues en relación con tal obligación las partes asimismo acordaron que *«los COMPRADORES QUEDAN facultados para sustituir la garantía consistente en el pagaré avalado de que se habla bajo la letra B) de esta cláusula, por la constitución de un depósito a término en el Banco de Caldas por el valor total de la deuda garantizada y con su mismo plazo de vencimiento»* (parágrafo, cláusula sexta; folio 47, cuaderno 1).

Con otras palabras, como era del resorte de las compradoras mutar la obtención del pagaré por un certificado de depósito, que podían constituir en el Banco de Caldas el mismo día en que pagarían el saldo del primer contado del precio, no constituye incumplimiento la omisión

en la consecución del aquel título valor porque, al igual que las demás garantías, su pretermisión sólo generaría efectos el día previsto para su entrega, cuando debía sustituirlo con un CDT.

4.3. Respecto del incumplimiento endilgado por el Tribunal a las primigenias demandadas, porque 3'738.994 acciones prometidas en venta en la segunda promesa se encontraban gravadas prendariamente, anota la Corte que no se dio la tergiversación de las declaraciones del acreedor prendario Roberto Rivas, ni de su apoderado Gilberto Arango Londoño, como tampoco la de Álvaro Arango Correa.

Ese juzgador fue claro en indicar, después de citar las pruebas que dieron cuenta del gravamen y de su cancelación el 28 de octubre de 1982, que estas circunstancias fueron aceptadas por el acreedor prendario *«(c)on la advertencia que, en sentir de este, siempre estuvo dispuesto para que las acciones se traspasaran a los compradores, hecho que a pesar de su ofrecimiento, la realidad demuestra que no se había cumplido para el día en el que los contratantes acordaron que se endosaran y se entregaran a los adquirentes las acciones, libres de cargas que afectaban su negociabilidad»* (folio 1477, cuaderno 84D).

Consideración a la cual agregó que *«(e)n este sentido debe destacarse que para el día en que se debían enajenar las acciones, estas se encontraban pignoradas, quedando en evidencia que los prometientes vendedores de ellas no se encontraban en condición material de traditarlas en el caso*

concreto, pues a pesar de que se exprese que el acreedor prendario estaba presto a autorizar la enajenación, en el expediente no milita material alguno que demuestre que los prometientes compradores conocían de esa autorización que actualizara y legitimara la evocada trasmisión del dominio, modalidad exigida por los artículos 1216 y 403 comercial, para la eficacia de la venta de bienes gravados con prenda» (folios 1477 y 1478, ídem).

Y culminó señalando que *«(e)sta circunstancia, debidamente acreditada en el contradictorio, encarna un incumplimiento del contrato de promesa de la cual constituía obligación libremente pactada y por ende vinculante, no bastando al efecto la intención del acreedor prendario de no oponerse a la negociación, pues lo cierto es que para la memorada fecha el gravamen continuaba vigente...» (Ibídem).*

En consecuencia, de entrada, se observa que la sentencia no tergiversó la exposición de los declarantes, por el contrario, tuvo presente dichos medios de convicción, en cuanto afirmaron que existía un acuerdo entre el acreedor prendario y sus deudores para levantar el gravamen que recaía sobre las acciones prometidas por estos.

Distinto es que el *ad-quem* concluyera que ese acuerdo no bastaba para calificar a los prometientes enajenantes como acatadores de la obligación de entregar los títulos libres de gravámenes, en razón a que, añadió, al tenor de los artículos 403 y 1216 del Código de Comercio era necesario enterar a los compradores del convenio existente entre los

vendedores y sus acreedores prendarios, lo cual no se probó; argumento este último que el cargo no reprocha y que, por ende, es suficiente para dejar en pie esta argumentación del fallo.

Además, agrega la Corte, tal situación denota el incumplimiento referido por el juez colegiado, partiendo del tenor de las promesas de venta en las que se convino que las acciones se entregarían libre de gravámenes, requisito que conforme al artículo 410 del Código de Comercio está sometido a la solemnidad de su registro y no sólo a la intención de cancelarlo, aun cuando esta proviniera tanto del deudor como del acreedor.

4.4. De otro lado, cierto es que hubo suposición probatoria de la solidaridad entre los prometientes vendedores de la primera promesa con los de la segunda, en la medida en que el Tribunal consideró que las demandadas carecían de legitimación para pedir por vía de reconvención el incumplimiento de Prounida y Coloca porque los suscriptores de la última promesa no se allanaron a honrar sus compromisos, lo que afectó a todos porque se obligaron a transferir «solidariamente» la cantidad mínima de 18'889.994 acciones.

El tenor literal de las promesas aludidas no revela dicha solidaridad, si en la cuenta se tiene que la primera de ellas fue suscrita, como promitentes vendedoras, por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA, Compañía Agrícola de Seguros de

Vida SA, Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA y Propaganda Sancho y Cía Ltda; la segunda fue signada por la Compañía de Seguros Atlas SA, Compañía de Seguros Atlas de Vida SA, Progel SA, Univer SA, Grupo Central SA y Hernando de la Roche.

Se trató, por ende, de dos contratos diversos, de donde no era viable colegir solidaridad de los suscriptores del primero con los del segundo, máxime cuando no existe acervo probatorio que así lo evidencie.

Tampoco denota solidaridad que en ambos acuerdos preparatorios se plasmara que *«los oferentes compradores no quedarán obligados por (la) aceptación sino en el caso de que con la aceptación de otros titulares de acciones se complete el mínimo de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTAS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTAS NOVENTA Y CUATRO (18.889.994)...»* (Cláusula segunda).

Pero esta mención sí exonera a Coloca y Prounida del deber de cumplir, porque habiéndose establecido que estaban gravadas prendariamente 3'738.994 acciones de las prometidas en la segunda promesa de venta, ello relevaba a las prometientes compradoras de acatar la obligación de adquirir el paquete accionario de 18'889.994 que sumaban los dos preacuerdos.

Y al quedar Prounida y Coloca exentas se tornaba improcedente la pretensión resolutoria que por

incumplimiento de ellas fue invocada en los libelos de reconvención.

La única posibilidad de que Coloca y Prounida siguieran obligadas a continuar con el negocio, a pesar del incumplimiento de la segunda promesa de venta derivado de la prenda que recaía sobre 3'789.994, hubiera sido que las prometientes vendedoras alcanzaran la cantidad mínima de 18'889.994 acciones con títulos diversos a los pignorados, lo cual no fue acreditado en autos.

Por el contrario, aunque en los cargos bajo estudio pareciera afirmarse que el cercenamiento parcial del testimonio de Guillermo Arango impidió notar que fueron reunidos el número mínimo de títulos acordados, una juiciosa lectura de esa prueba deja al descubierto que en dicha afirmación el testigo no descontó las acciones gravadas, pues afirmó: *«se consiguió un número de aceptaciones de oferta superior al mínimo pactado en el contrato, todas las acciones ofrecidas en venta y las acciones adicionales posteriormente que hicieron parte del contrato estuvieron en mis manos, o sea la Gerencia General del Banco, listas para ser traspasadas en el momento que se cumplieran las condiciones pactadas»* (folio 158, cuaderno 36).

Más adelante informó que *«(l)a totalidad de las acciones mencionadas anteriormente, siempre estuvieron a disposición del Banco para su traspaso debidamente endosadas, pero un número plural de ellas tenía una pignoración a favor de ROBERTO RIVAS SALAZAR, el cual me informó que en caso de*

que se dieran o se cumplieran las condiciones del contrato o de los contratos estaba dispuesto inmediatamente y con anterioridad a la operación para despignorarlas...» (folio 167, ibidem).

Es decir, una vez restadas las acciones pignoradas (3'738.994) no se lograba completar la cantidad mínima exigida por las prometientes compradoras, que ascendía a 18'889.994, porque la alusión total hecha por el declarante incluía las acciones gravadas, de donde el incumplimiento de las prometientes vendedoras en la segunda promesa relevó a Coloca y Prounida de las obligaciones adquiridas en ambos contratos preparatorios, lo cual desemboca en que la pretensión resolutoria elevada en las contrademandas estaba conminada al fracaso, como lo concluyó el Tribunal, al margen del yerro en que incurrió.

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

4.5. En lo que atañe a la crítica de los recurrentes según la cual el artículo 9º de la resolución 002 (sic) de 1981 de la Comisión Nacional de Valores consagraba la obligación para el oferente en la compra de acciones de dar aviso al

representante legal y a la junta directiva de la sociedad receptora; lo que incumplieron Coloca y Prounida según da cuenta la declaración de Guillermo Arango, que fue omitida por el Tribunal; anota la Corte, de un lado, que dicha norma es inexistente porque es la resolución n.º 1 de 1981 de tal Comisión la que regulaba «*las normas generales sobre organización y funcionamiento del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, se establecen los requisitos para su inscripción en el mismo y se dictan otras disposiciones*».

De otro, y haciendo al margen la anterior imprecisión, destácase que no se dio el olvido endilgado al fallador, por cuanto la pretensión resolutoria incoada por vía de reconvención por las iniciales accionadas no se fundó en el incumplimiento de las prometientes compradoras de la previsión normativa citada, lo cual tornaba innecesario auscultar si fue cumplida o no.

Con otras palabras, en las contrademandas no se llamó a juicio a Coloca y Prounida por desacatar la norma de orden nacional contenida en el artículo 9º de la resolución 001 de 1981 de la Comisión Nacional de Valores, por lo que era innecesario que el juzgador *ad-quem* emprendiera un estudio sobre tal tema, so pena de incurrir en incongruencia al definir un asunto no sometido a su conocimiento, en desmedro del derecho de defensa y del debido proceso de la parte afectada con tal decisión.

Ahora, aludiendo a la pretermisión endilgada al funcionario colegiado en relación con la resolución 248 del 9

de agosto de 1982 -con la cual se autorizó a Coloca y Prounida a formular la oferta pública de compra- porque la Comisión Nacional de Valores les impuso el deber de acreditarle que realizaron las publicaciones oportunamente ordenadas en tal acto administrativo, los resultados de la oferta con una relación de los accionistas aceptantes y la cantidad de títulos adquiridos de cada uno; destaca la Sala que tampoco se generó la omisión alegada.

Verídico es que el citado pronunciamiento del ente gubernamental impuso el aludido deber de información a Prounida y Coloca, porque allí se plasmó que *«(a)l vencimiento de la oferta, las sociedades PROMOTORA UNIVERSAL DE INVERSIONES LIMITADA "PROUNIDA LTDA." y COLOCA LIMITADA deberán informar a la Comisión Nacional de Valores sobre los resultados de la misma, acompañando una relación de los accionistas aceptantes y el número de acciones adquiridas a cada uno de ellos»* (folios 41 a 42, cuaderno 15).

Pero como de bulto lo evidencia el tenor literal transcrito, no se trataba de un requerimiento previo a la negociación, como lo pretenden hacer ver las recurrentes, sino de un acto posterior porque era menester esperar *«al vencimiento de la oferta»*, lo que además impone la lógica, pues si debía acreditar los resultados de la oferta pública, relacionando, entre otros, a los aceptantes de la misma, natural se torna colegir que esto no podía cumplirse antes de que culminara el negocio de venta de las acciones del Banco de Caldas.

De allí que sea inexistente el olvido imputado al funcionario de última instancia.

4.6. En cuanto a la pretermisión de las declaraciones de Álvaro Villegas y Guillermo Arango, quienes anotaron que la posterior adquisición de las acciones del Banco de Caldas por la Federación Nacional de Cafeteros no constituyó una oferta concurrente, anota la Corte que en este aparte el embate luce desenfocado.

Recuérdese que es de rigor para quien acude a este mecanismo de defensa orientar acertadamente sus críticas, lo que implica que debe atacar las razones, sean jurídicas o fácticas, de la sentencia cuestionada.

Si para tales efectos son aducidas consideraciones ajenas a tal decisión, por una incorrecta o incompleta asunción de lo realmente plasmado en ella, la recriminación no deba prosperar, por no estar dirigida hacia los pilares de la providencia del *ad-quem*.

Sobre el tema esta Corporación ha establecido lo siguiente:

(...) 'la Corte ha señalado que '[d]e manera, pues, que en esas condiciones el reproche resulta desenfocado, en la medida en que no guarda una estricta y adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar' (...) o que 'resulta desenfocado, pues deja de lado la razón toral de la que se valió el ad quem para negar las pretensiones (...) Ignorado fue, entonces, el núcleo argumentativo del fallo impugnado, haciendo del cargo una embestida carente de precisión, pues apenas comprende algunas de las periferias del asunto, lo cual anticipa su ineficacia

para propiciar el pronunciamiento de la Corte.' (CSJ AC 23 nov. 2012, rad. 1100131030282006-00061-01).

De tal falencia padece el cargo bajo estudio, pues las sociedades recurrentes censuran que se haya pasado por alto el acervo probatorio que dio cuenta de que no se generó una oferta concurrente.

Sin embargo, una lectura reposada de las motivaciones plasmadas en la sentencia deja ver que allí no se coligió la existencia de oferta concurrente alguna.

Por el contrario fue descartada, como quiera que el Tribunal, al indagar la responsabilidad contractual imputada al Banco de Caldas por entregar precipitadamente los certificados de depósito que le fueron dejados a título de encargo fiduciario, que además constituían las arras del negocio, y colegir que ante las incertidumbres que emanaban de la carta de instrucciones era deber de la entidad financiera interpretarlas consonantemente con las promesas de venta, concluyó de rigor esperar, para entregar esos dineros, a que venciera el término para la presentación de ofertas concurrentes, *«siendo irrelevante, para estos efectos, que ex post se hubiere establecido que no existieron ofertas concurrentes, ni que el negocio de la adquisición de acciones se hubiere frustrado»* (folio 1512, sentencia del Tribunal).

Tal cual se desprende de las precedentes motivaciones, el fallo no llegó a la conclusión objeto de crítica por las

recurrentes, pues la aludida oferta concurrente fue descartada.

Consecuentemente, en este pasaje los cargos de las iniciales demandadas fueron desenfocados, por estar dirigidos a enjuiciar consideraciones del fallo no contenidas en él.

4.7. En relación con la cesión de los derechos derivados de las promesas de venta que Coloca hizo a favor de Prounida, del cual extractan las recurrentes incumplimiento de aquellas en la medida en que -aducen- por sí sola generaba infracción a las instrucciones impartidas por la Comisión Nacional de Valores, destaca la Corte que tampoco se configuró la omisión probatoria alegada, al punto que el funcionario judicial señaló, en las postrimerías de la sentencia, que como la parte demandada guardó silencio respecto del escrito de cesión, Prounida era la única legitimada por activa.

En adición, de ese documento tampoco se desprende incumplimiento de las promitentes compradoras, porque así lo deja ver el restante acervo probatorio invocado por las propias accionadas, pues en la comunicación n.º 141/P de 7 de octubre de 1982 expedida por la Comisión Nacional de Valores con destino a Álvaro Villegas Villegas, Jorge Hernán Arango y Rodrigo Romero Sanclemente, informó que *«(e)fectivamente este Despacho, considerando que entre las dos sociedades oferentes existía una solidaridad activa, es decir, que cada una de ellas podía exigir el cumplimiento de*

las prestaciones a las cuales se obligaba cada uno de los aceptantes de la oferta, conceptuó que una de las sociedades podía adquirir el total de las acciones, sin necesidad de efectuar una nueva oferta pública» (folio 17, cuaderno 15).

Aunque este pronunciamiento se fundó en el tenor de las promesas de venta, no en el escrito de cesión, sí deja al descubierto que de este último no es viable derivar el incumplimiento alegado en los reproches, porque al alcance de cualquiera de las demandantes estaba cumplir en su totalidad las promesas de venta, como si se tratara de su única suscriptora.

Por ende, la cesión que Coloca hizo a Prounida tan sólo mostraba un convenio interno entre las dos promitentes compradoras, no un incumplimiento de las promesas, al punto que cualquiera de dichas empresas tenía a su alcance acatar íntegramente los acuerdos preparatorios; por supuesto que sin perjuicio de que acudieran, posteriormente a la adquisición, ante los organismos estatales en aras de satisfacer las exigencias legales derivadas de su actuar, pero sin que fuera necesario «*una nueva oferta pública*», tal cual lo certificó la Comisión Nacional de Valores.

4.8. Por último, de cara a los disensos incoados por las recurrentes con ocasión de la condena impuesta al Banco de Caldas y a favor de Prounida, la Corte reitera que no recayó en contra de Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía SA, Propaganda Sancho y Cía Ltda, Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA ni

Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA; lo cual traduce falta de interés de estas demandadas para censurar la referida determinación, como que ningún daño les irrogó a los accionistas del Banco enjuiciados.

Sobre el punto vale recordar que, como en anteriores ocasiones lo ha adoctrinado la Sala:

es requisito indispensable que la parte que por esta vía recurre, tenga interés en la impugnación (G.J. Tomo LXIV, pág. 792), es decir, que frente a la resolución cuya información se propone obtener, considerada esta última desde el punto de vista de sus efectos prácticos determinados por las providencias en ella adoptadas por el órgano jurisdiccional en orden a juzgar sobre el fundamento del litigio, ha de encontrarse dicho recurrente en una relación tal que le permita conceptuarse perjudicado y así justificar su actuación encaminada a pedir la tutela que el recurso de casación dispensa. Significa esto que el interés del cual viene haciéndose mérito está dado por el vencimiento total o parcial que para la parte representa el contenido decisorio del fallo definitivo de instancia, vencimiento que según definición prohijada por autorizados expositores (...) se resuelve en el contraste concreto entre ese contenido y el interés desplegado por quien recurre durante el curso del proceso, desde luego en la medida en que no haya renunciado a hacer valer ese interés, de manera pues que el vencimiento está fincado en la lesión actual, clara y terminante que la sentencia discutida le ocasiona, pero queda de suyo excluido ‘... por la adhesión a dicha lesión ...’ que puede ser fruto de una renuncia expresa o tácita o configurarse también desde un principio o en forma sobreviniente. (CSJ, SC de 7 sep. 1993, rad. n.º. 3475; reiterada en SC de 30 nov. 2011, rad. n.º 2000-00229-01).

En efecto, como se anotó en esta providencia al despachar el quinto cargo incoado en casación por el Banco demandado, la demanda genitora del litigio y su reforma contiene acciones acumuladas, una de responsabilidad contractual endilgada a dicha institución financiera por

incumplir el encargo fiduciario constituido por las convocantes; y otra también contractual fundada en las promesas de venta celebradas por Coloca y Prounida con las restantes accionadas.

Esta última fue desestimada, como también lo fue la acción de resolución que por vía de reconvención plantearon las procesadas -salvo el Banco-; de donde prosperó, únicamente, la erigida contra éste, al punto que sólo él fue condenado a pagar los perjuicios que causó con su actuar.

Si ello es así, como ciertamente lo es, notorio brota que exclusivamente el BBVA Colombia tiene interés en reprochar la condena emanada del juzgador *ad-quem*, porque a las demás codemandadas ningún perjuicio irrogó la decisión.

Ni siquiera en el evento de existir una relación interna entre el Banco y las demás convocadas podría habilitarse el reclamo que contra la sentencia condenatoria exponen éstas últimas en la parte final de sus cargos, en la medida en que dicha dependencia no fue exteriorizada en este proceso, a través de los mecanismos procesales previstos para tal efecto, como el llamamiento en garantía regulado en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, hoy canon 64 del Código General del Proceso.

En suma, las ahora recurrentes carecen de interés para criticar la condena impuesta al Banco accionado, como pretenden hacerlo en la parte final de los reproches bajo estudio.

5. Así las cosas, no ocurrieron los yerros en la estimación de los elementos persuasivos, y el único cometido se tornó intrascendente, por lo que la vulneración del ordenamiento sustancial denunciada en el libelo extraordinario es irreal.

CARGO PRIMERO DEL BBVA COLOMBIA

Soportado en la primera causal de casación criticó la sentencia del Tribunal por conculcar, por vía indirecta, los artículos 1960 a 1961, 1963 del Código Civil y 60 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, debido a yerros fácticos en la apreciación de la prueba de la cesión que Coloca hizo en favor de Prounida, así como del escrito de demanda y su reforma.

En desarrollo del cargo anotó el recurrente que el Tribunal asumió como cuestionado el contrato de cesión citado, no obstante que lo atacado era la conclusión de tener a Prounida como sustituta procesal de Coloca, sin que hubiera aceptación expresa de la parte contraria, como lo exige el inciso 3º del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, a pesar de que la cesión fue realizada el 27 de julio de 1982 y adicionada el 18 de noviembre del mismo año -antes de la presentación de la demanda génesis del pleito- sólo hasta el 23 de noviembre de 2000 fue radicada

en el juzgado de primera instancia, el que sólo la puso en conocimiento de las convocadas, quienes guardaron silencio.

Por ende, era inviable que se tuviera a Prounida como única accionante en la forma en que lo hizo el fallo, pues estaba ausente la manifestación de la parte contraria que aceptara la sustitución procesal.

Así las cosas, la condena dictada por el Tribunal debió incluir a Coloca en calidad de beneficiaria, aspecto que puede alegar el Banco porque la ley ampara al deudor frente a cualquier acto sorpresivo del cedente que tenga como fin obtener beneficios de aquel.

SEGUNDO CARGO DEL BBVA COLOMBIA

Bajo el amparo de la primera causal de casación prevista en el Código de Procedimiento Civil, se acusa al fallo de infringir rectamente los artículos 60 de ese ordenamiento, 1960 a 1961 y 1963 del Código Civil por falta de empleo.

El reproche se fundó en los mismos argumentos planteados en el inmediatamente anterior, a los que la entidad recurrente agregó que el cesionario está habilitado para actuar en el proceso, pero en condición de litisconsorte del cedente cuando falta la aceptación expresa de la parte contraria que posibilita la sucesión procesal.

CONSIDERACIONES

Los dos primeros cargos invocados por el BBVA serán desestimados a la par, porque tal entidad carece de interés al proponerlos.

La providencia atacada condenó al Banco convocado al pago de la totalidad de los perjuicios acreditados, representados en \$268'400.000 como valor de los certificados de depósito a término que le fueron dejados en encargo fiduciario, por lo que ordenó el pago de esa suma, indexada, que al 31 de diciembre de 2006 totalizaba \$12.460'769.408,50, para lo cual concedió el plazo de 6 días, que vencido generaría intereses comerciales moratorios únicamente.

Dicha condena sólo favoreció a Prounida, porque el Tribunal concluyó que la cesión de derechos que a su favor hizo Coloca generó que la legitimación por activa quedara radicada únicamente en la cesionaria, máxime si las enjuiciadas guardaron silencio.

Los dos primeros embates que propuso el Banco enjuiciado tienden a censurar que se tuviera a Prounida como única accionante, porque faltó la aceptación de las demandadas que habilitara la sustitución procesal prevista en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, de donde la condena dictada también debió incluir a Coloca como beneficiaria, *«pues cualquier decisión ha debido imponerse involucrando también a Coloca Ltda., dado que ésta no debió*

ser excluida en su condición de demandante en este proceso» (folio 292, cuaderno de la Corte).

Por ende, tales reproches dejan al descubierto que el Banco carece de interés para cuestionar la aludida condena en cuanto atañe a la persona beneficiada con la misma, pues si algún perjuicio hubiere causado el fallo al ordenar la indemnización a favor de Prounida únicamente, el afectado con tal determinación sería Coloca.

Tampoco es de recibo el lacónico argumento de la entidad financiera, según el cual la ley faculta al deudor para censurar *«cualquier acto sorpresivo emanado del cedente con el fin de obtener beneficios de aquél»*, de un lado, porque el reproche casacional no desarrolló esta idea en aras de dilucidar cómo se vería afectado el Banco con la omisión de condena en favor de Coloca, lo que impide a la Corte un estudio de tal temática; máxime cuando ha dejado sentado que:

El artículo 1971 del Código Civil, es cierto, habla de la notificación al deudor cedido. La diligencia, empero, tiene como finalidad mensurar el contenido del derecho de retracto, en cuanto es a partir de allí que se empezarán a deber, amén del valor dado por el cesionario, los intereses correspondientes. En esa arista, para ser claros, es un problema de inoponibilidad con respecto al contradictor cedido, por cuanto una cosa es el negocio cesivo, y otra, totalmente diferente, el noticiamiento.

Desde luego, tratándose de una medida instituida para proteger la posición del extremo cedido, no cabe duda que al alcance de ésta no se encontraría la facultad de rechazar el negocio jurídico de cesión, mucho menos al cesionario, entre otras cosas, por incumbir únicamente a sus celebrantes, aunque sí, mediante la

aceptación expresa de la parte cedida, relevar al anterior titular, tanto en el campo sustancial, como en el procesal.

La oposición del potencial deudor en el punto, por lo tanto, ni quita ni pone rey. En primer término, porque quepa o no el derecho de retracto, a voces del artículo 1970 del Código Civil, “[e]s indiferente (...) que sea el cedente o (sic) cesionario el que persigue el derecho”. En segundo término, por cuanto en la hipótesis de no aceptarse la sustitución, perviviría una simple relación litisconsorcial potestativa entre cesionario y cedente (artículos 60, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, y 68, inciso 3º del Código General del Proceso).

Al fin de cuentas, mutatis mutandis, al decir de la Corte, “(...) es distinto sustituir a un acreedor que a un deudor. Respecto del primero, la posición del obligado no sufriría afectación, pues (...) su prestación tendría que solucionarla sin importar el nombre del titular. Con relación al segundo, la cuestión sería trascendente, en cuanto, muy seguramente, la persona del solvens, su capacidad económica, reputación, en fin, se habrían erigido en factores de confianza y de garantía al momento de otorgarse el crédito, por lo tanto, como esas condiciones bien pueden no concurrir en el deudor reemplazante, es natural entender que el consentimiento del accipiens (sic) se hace necesario”¹.

En esa línea, respecto de la relación cedente y cesionario de un derecho litigioso, el consentimiento del respectivo deudor de la cuestión incierta y discutida, ningún papel juega, así la aceptación expresa de la alteración subjetiva de su contraparte, para los efectos sustanciales y procesales dichos, sea de su exclusivo resorte. (CSJ SC15339 de 28 sep. 2017, rad. nº 2012-00121-01).

Adicionalmente, tampoco evidenció que la condena favorable a Prounida exclusivamente, le produzca una afectación al Banco de cara a la obligación dineraria impuesta en la sentencia, en relación con las normas que regulan la solidaridad por activa; y en cuanto hace a las

¹ CSJ. Civil. Sentencia de 24 de julio de 2015, expediente 00469.

consecuencias propias de la cesión, respecto de los intervinientes, es un tema ajeno al reproche casacional.

De otro lado, porque si la Sala emprendiera esta tarea *motu proprio*, lo cierto es que llegaría a la misma conclusión, según la cual el BBVA no tiene interés para elevar las censuras de que se trata, pues la aludida indemnización reconocida en la sentencia no fue dividida ni reducida con ocasión de la cesión ajustada entre Coloca y Prounida; tampoco se omitió decidir acerca de la responsabilidad endilgada por Coloca al Banco de Caldas; contrariamente esta fue colegida de manera afirmativa, todo lo cual evidencia que el BBVA se libera de dicha imputación en su totalidad, una vez verificado el pago que le fue impuesto.

Entonces, ningún perjuicio trae en contra del otrora Banco de Caldas, que la indemnización reconocida en la sentencia deba cancelarla exclusivamente a Prounida, no a Coloca por haber cedido sus derechos a aquella.

Itérase que, sobre la legitimación para acudir a este mecanismo de defensa extraordinario, ha sostenido la Corte:

...es imperativo, respecto de todas y cada una de las acusaciones con las que se sustente el recurso de casación, que quien las alegue, esté legitimado para proponerlas.

Dicho interés está determinado, de un lado, por el carácter desfavorable que, para quien así cuestione un fallo de instancia, tenga la postura asumida por el sentenciador objeto del ataque; y, de otro, porque el inconforme no la haya convalidado, expresa o tácitamente, de modo que encuentre cerrado el paso para edificar

en torno de ella el reproche extraordinario de que se trata.
(AC2925 de 16 may. 2016, rad. n.º 2011-00571-01).

En suma, los cargos primero y segundo expuestos por el Banco demandado no son de recibo, porque a través de ellos la recurrente cuestiona un aspecto de la sentencia que no la afecta.

TERCER CARGO DEL BBVA COLOMBIA

1. Nuevamente prevalida de la primera causal de casación consagrada en el estatuto adjetivo, se acusa la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 63, 1604, 1613 a 1614, 2155 del Código Civil, 1243 del Código de Comercio, 7º numeral 7º de la ley 45 de 1923; y por falta de empleo los cánones 882, 1531, 1536, 1539 a 1540, 1544, 1602 a 1603, 1625, 1634, 2157, 2189 del Código Civil, 1234 numeral 7º y 1240 del Código de Comercio; como consecuencia de errores de hecho en la valoración del material probatorio.

2. Tras recordar el ordenamiento que rige la obligación condicional y diferenciarla de la condición resolutoria en la cual la obligación nace pura y simple, siendo la resolución la que pende de un suceso futuro e incierto; se funda el embate en que la sentencia erró al valorar los contratos de promesa de venta de 4 de junio de 1982, así como las instrucciones del encargo fiduciario dadas al Banco de Caldas, al concluir que este entregó precipitadamente los dineros que le fueron dejados en depósito porque no sólo debía esperar las

autorizaciones dadas por la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria, también que venciera el plazo previsto para la presentación de ofertas concurrentes.

2.1. Sin embargo, tales instrucciones no contienen una condición negativa en relación con el plazo para presentación de ofertas concurrentes que impidiera al Banco entregar los dineros representados en los certificados de depósito.

Por el contrario, su tenor literal deja ver que se trató de una condición positiva resolutoria, traducida en que una vez radicada una oferta concurrente quedarían resueltas las promesas, lo que no impedía la entrega de los dineros mientras acaecía el hecho futuro e incierto una vez obtenidos los permisos de la Comisión y la Superbancaria; menos que tal entrega en esas circunstancias fuera irregular.

Es que la obtención de los permisos perfeccionaba la compraventa al tratarse de una obligación pura y simple, de allí que las vendedoras tenían derecho a recibir el precio acordado sin necesidad de constatar la presentación de ofertas concurrentes y con independencia de que posteriormente cualquier contratante incumpliera.

2.2. Tampoco fue acertada la interpretación dada a las promesas de venta, en la medida en que las previsiones para que los certificados de depósito fueran devueltos a las prometientes compradoras no contienen condición negativa relacionada con la ausencia de ofertas concurrentes que impidiera su entrega a las prometientes vendedoras; lo que

incluyen es una condición positiva resolutoria consistente en que al ser presentada y admitida una oferta concurrente de un tercero, el Banco reintegraría los certificados de depósito a las primeras.

Efectivamente, agregó la recurrente después de transcribir varias cláusulas de las promesas de venta, se convino la entrega irrevocable a las promitentes vendedoras de los certificados de depósito a término, una vez acreditaran que la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria autorizaron la oferta pública de compra y la adquisición de las acciones, en su orden; es decir, se trató de una condición suspensiva positiva, desprovista de condicionamiento posterior como era la inexistencia de oferta concurrente.

También se acordó una condición suspensiva negativa -que resultó fallida ante la configuración de la anterior de carácter positivo según afirmó el Tribunal-, consistente en que las potenciales vendedoras podrían exigir la entrega de los certificados de depósito, esta vez a título de arras penitenciales, tan pronto acreditaran que Coloca y Prounida no radicaron ante la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria las solicitudes de permiso respectivas, que las presentaron tardíamente o sin el lleno de los requisitos legales.

Así mismo se pactaron condiciones resolutorias negativas y una positiva que no dependían de las partes; las primeras preveían la devolución de los depósitos a favor de

las potenciales compradoras si la Comisión o la Superbancaria negaban las autorizaciones que les fueran solicitadas; y la segunda consagraba la misma restitución para el evento de que se presentara una oferta concurrente de un tercero y fuera admitida.

Estos últimos condicionamientos resolutorios también fallaron, los negativos porque se obtuvieron las autorizaciones de las entidades gubernamentales; y el positivo por cuanto no se acreditó la oferta concurrente.

Así las cosas, el Tribunal erró protuberantemente al haberle concedido carácter suspensivo a la última condición referida, a pesar de la claridad de los contratos y en desmedro de la voluntad de las partes, que lo llevó a afirmar que el Banco entregó prematuramente los certificados de depósito a las demás demandadas; no obstante que esa condición, por ser positiva y resolutoria, no impedía tal desembolso, eso sí quedando conminadas las prometientes vendedoras a la devolución en el evento de una futura resolución y a título de restituciones mutuas, conforme al artículo 1544 del Código Civil, disolución que no se demostró en autos.

2.3. Igualmente erró el Tribunal al colegir que las partes estipularon, en las promesas de venta y en las instrucciones del encargo fiduciario, la suspensión del cumplimiento de aquel negocio hasta que venciera el plazo para presentar ofertas concurrentes o para rechazarlas, pues su eventual admisión no extinguía la relación creada sino que daba lugar a cesar la obligación de las prometientes vendedoras de

aceptar la oferta de Coloca y Prounida, con la consecuente devolución de los dineros percibidos.

De allí que tampoco se pueda interpretar que la exigencia del Banco a las prometientes vendedoras de la segunda promesa de venta para que otorgaran un pagaré obedeciera a duda acerca de la legalidad de la entrega los certificados de depósito.

Se trató de un actuar diligente del Banco conforme al artículo 1533 del Código Civil, como medida elemental de precaución para el evento de darse la condición resolutoria derivada de la oferta concurrente, al tenor de las instrucciones a él otorgadas y las promesas de venta -las que no muestran contrariedad entre sí-; y sin que pudiera exigírsele a la encargada fiduciaria, como lo hizo el juzgador, que calificara el desenvolvimiento precontractual de las partes para determinar si entregaba o devolvía los certificados de depósito, porque esta función no le correspondía.

Nada acertado fue que el fallador *ad-quem* coligiese irrelevante la inexistencia posterior de ofertas concurrentes o que se hubiere frustrado la venta de las acciones, pues lo cierto es que dispuso la devolución de los dineros a favor de las demandantes sin que acreditara que se dio alguna oferta concurrente, de donde el Tribunal supuso la prueba de este acontecimiento; entonces, tal condena carecía de fundamento en razón a que el Banco no debía esperar a que no se presentara una oferta concurrente (sic).

3. La sentencia cuestionada así mismo omitió apreciar la confesión del apoderado judicial de las promotoras, plasmada en la demanda, según la cual no fueron presentadas ofertas concurrentes; reiterada en la reforma de tal libelo al aducir que la publicación de la oferta de compra hecha por las prometientes compradoras se cumplió a cabalidad, sin afirmar que para esa época ya se hubieran presentado ofertas concurrentes lo cual -añade el cargo- equivale a negarlas.

Por lo tanto, la entrega de los certificados de depósito hecha a favor de las prometientes vendedoras no fue irregular, por el contrario, se ajustó a las instrucciones dadas al Banco, según las cuales bastaba que le acreditaran el otorgamiento de los permisos de la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria; tan es así que las accionantes aseveraron en su libelo reformado que el motivo para que se malograra el negocio fue que aquella entidad estatal lo impidió.

4. De otro lado, se omitió el escrito de 18 de noviembre de 1982, con el cual Prounida y Coloca adicionaron la cesión que ésta hizo a favor de aquella respecto de los derechos surgidos en las promesas de venta, complementación en la cual la cedente se obligó a integrar la parte demandante en el presente juicio destinado a recuperar las arras que entregaron mediante encargo fiduciario, así la restitución se derivara de la declaratoria de nulidad o de resolución de esos

contratos preparatorios, pues tal compromiso implicó aceptar la validez de la transferencia.

5. También fue dejada de lado la confesión que las iniciales demandantes plasmaron en la demanda de nulidad iniciada ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, contra los actos administrativos de la Comisión Nacional de Valores de fechas 14 y 20 de septiembre de 1982 así como el plasmado en el telegrama de 21 de septiembre de ese mismo año, libelo en que afirmaron que la entrega hecha por el Banco de los CDT's se ajustó a las instrucciones impartidas, al indicar que para perfeccionar la compra de las acciones únicamente faltaba la entrega material de los títulos endosados a los compradores y su registro.

Así las cosas, es equivocado el corolario del Tribunal según el cual esta confesión es inexistente; además deja al descubierto que la entrega de los certificados de depósito por el Banco a las prometientes vendedoras correspondió al primer pago del precio convenido, al satisfacerse las condiciones para el mismo, incluida la inexistencia de ofertas concurrentes; y da importancia al silencio de las demandantes cuando dejaron de cuestionar en su libelo inicial así como en aquella radicada ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, la referida prestación dineraria hecha por el Banco, dejando en evidencia, por contera, que el Tribunal no debió menospreciarlo bajo la errada convicción de que el desembolso requería expresa aceptación.

6. Agregó el casacionista que el fallo pasó por alto que en la demanda primigenia al Banco no se le imputó responsabilidad por entregar los certificados de depósito prematuramente. La petición de condena, en lo que atañe a esa entidad financiera, se basó en que, tras la frustración de la venta de las acciones debido al incumplimiento previo de las prometientes vendedoras y a la intervención excesiva de la Comisión Nacional de Valores con posterioridad al vencimiento del plazo instituido para la presentación de ofertas concurrentes, era forzosa la devolución de las arras para las prometientes compradoras.

7. Igualmente fueron desconocidos los hechos que sirvieron de base a la reforma del pliego introductor, en los que tampoco se adujo como causa de la devolución patrimonial pedida, que hubiera sido presentada una oferta de compra concurrente de un tercero.

8. Añadió el reproche extraordinario que de nuevo el juzgador colegiado incurrió en preterición, esta vez respecto de los efectos de la cosa juzgada producto de la sentencia de 25 de septiembre de 1989 expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, desestimatoria de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que Coloca Ltda. incoó frente a los actos administrativos dictados por la Comisión Nacional de Valores, pues dicha determinación se fundó en que la actuación de la entidad allá convocada no fue ilegal o arbitraria; que los actos demandados no restaban eficacia a la expedición de la autorización de la oferta de compra de las

acciones del Banco de Caldas, por lo que el trámite de ésta no sufrió interferencia; que los pronunciamientos del Estado impugnados tuvieron como destinatario a Coloca, de donde Prounida no tenía inconveniente para adquirir el 50% de las acciones objeto de las promesas de compra; y que consecuentemente la entrega de los certificados de depósito por parte de la entidad financiera no fue irregular, menos culposa, pues estaban cumplidos los presupuestos para proceder en ese sentido.

9. Otro error de la sentencia recurrida consistió en no observar que la adquisición por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de una menor cantidad de acciones del Banco de Caldas no comportó una oferta de compra concurrente, por ser posterior al naufragio de las promesas materia del presente litigio, según se desprendía de la comunicación de 7 de octubre de 1982 con la cual las entidades vinculadas a aquella iniciaron gestiones ante la Comisión Nacional de Valores para realizar tal operación; la misiva del día 11 del mismo mes y año, con la que ésta última institución informó a la Corporación Financiera de Caldas que al tenor de la resolución n.º 002 (sic) de 1981 era innecesaria una nueva oferta pública de adquisición; así como los oficios de 18, 21 y 25 a 27 de octubre siguientes, cruzados entre las entidades vinculadas a la aludida Federación y la citada entidad gubernamental, para informar que a la última de estas fechas la enajenación de las acciones del Banco no se había concretado.

10. El sentenciador también pretirió su propia decisión, en la que coligió que las pretensiones declarativas de las demandantes iniciales eran imprósperas, como también las contenidas en los libelos de reconvención, todo lo cual revela que las promesas de venta conservan vigencia y que, por contera, era inviable la condena impuesta al Banco de restituir los dineros a él depositados que entregó a las codemandadas, al cumplirse las exigencias acordadas para que dicho pago fuera realizado a título de abono al precio de las acciones, esto es, haberse obtenido las autorizaciones de la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria, así como por no existir ofertas concurrentes; además porque el Tribunal afirmó que no se materializaron las condiciones para devolver los dineros a los constituyentes del encargo fiduciario.

Entonces, la restitución de los dineros a las demandantes o convalidar su retención por las convocadas sólo podía ser consecuencia de un incumplimiento posterior que no podía declararse en este proceso, debido a que hubo incumplimiento mutuo según lo dictaminó el juzgador *ad-quem*.

De no haberse cometido los yerros aludidos en el fallo, el Banco hubiere sido absuelto de las pretensiones que en su contra promovieron las convocantes porque no incurrió en actuar culposos, lo cual deja ver que fueron conculcados los artículos 63, 1604, 1613 a 1614 del Código Civil, 1243 del Código de Comercio y 29 del decreto 663 de 1993, que regulan la responsabilidad bancaria en la ejecución del

encargo fiduciario; así como los preceptos 1531, 1536, 1539 a 1540, 1544, 1602 a 1603, 1625 y 1634 del primer ordenamiento citado y 1234 numeral 7º del estatuto mercantil por falta de aplicación, que prevén los efectos de los contratos válidamente celebrados, las condiciones en ella pactadas y el pago.

CUARTO CARGO DE BBVA COLOMBIA

1. Con apoyo en la primera causal de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente adujo que la sentencia fustigada conculcó indirectamente, por empleo indebido, los artículos 63, 1604, 1613 a 1614, 2155 del Código Civil, 1243 del Código de Comercio, 7º numeral 7º de la ley 45 de 1923; y por falta de aplicación los preceptos 882, 1531, 1536, 1539 a 1540, 1544, 1602 a 1603, 1625, 1634, 2157, 2189 de la primera obra citada, 1234 numeral 7º y 1240 del estatuto mercantil, debido a errores de hecho en la estimación de los elementos de convicción.

2. En su desarrollo expuso que el Tribunal, al condenar al Banco de Caldas por entregar los dineros que le fueron depositados a título de encargo fiduciario, interpretó que la pretensión de las demandantes se fundó en que tal responsabilidad derivaba del pago prematuro por no esperar el vencimiento del lapso necesario para la presentación de ofertas concurrentes conforme a la carta de instrucciones que le fue otorgada, no obstante que esto no fue suplicado en el libelo inicial.

En efecto, la restitución dineraria se esgrimió como pretensión consecuente por el actuar ilegal atribuido a la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria, posterior a las autorizaciones que concedieron y al fenecimiento del término aludido.

3. Añadió que igualmente erró el fallador al suponer que el escrito de reforma a la demanda se fundó en la misma causa precedentemente expuesta para deprecar el aludido reintegro monetario respecto de los certificados de depósito a término 5860 y 5862, esto es, el pago antelado no obstante que era necesario esperar a que no se presentaran ofertas concurrentes; pero tal motivación sólo sirvió como sustento respecto del último título valor, no del primero porque ninguna circunstancia se relató en relación con el mismo; falencia que generó la orden de restitución de \$164'300.000 representados en este último.

4. Por último, el casacionista reiteró el argumento expuesto en el numeral 9º del cargo tercero de su impugnación extraordinaria, que la Corte da por reproducido en gracia de brevedad.

5. Por consecuencia, deprecó el memorialista que, tras casar la sentencia criticada, en sede de instancia la Sala revoque la condena impuesta al Banco de Caldas, hoy BBVA Colombia, para negarla o, por lo menos, disminuirla excluyendo la orden de reintegro de los dineros a que alude el certificado de depósito nº 5860.

CONSIDERACIONES

1. El estudio conjunto de los dos últimos cargos del Banco demandado se justifica porque comparten argumentos, así como ambos, en su gran mayoría, aducen conculcados los mismos preceptos legales.

2. Cuestión inicial es analizar si la sentencia se equivocó en la interpretación dada a la demanda iniciadora de este pleito, en relación con la convocatoria del Banco de Caldas, hoy BBVA Colombia, pues este expone que fue convocado para que, consecuente con la declaración de responsabilidad de la Comisión Nacional de Valores y la Superbancaria por el naufragio de la venta de acciones, se le conminara a devolver los dineros a él dejados a título de encargo fiduciario como arras de las promesas de venta.

Es decir, que el Banco niega haber sido citado en condición de responsable contractual por la entrega prematura de los certificados de depósito a término.

Empero, una lectura del libelo genitor del pleito y su reforma pone al descubierto que el juzgador no erró cuando asumió los términos en que fue accionada la entidad financiera, pues en dicho pliego integrado se anotó como supuesto fáctico del referido emplazamiento, que:

Según carta sin fecha dirigida por Germán De La Roche al Banco de Caldas, que éste presentó (...) los cheques a favor de Compañía Comercial Roche Ltda., los recibió Germán De La Roche a 'nombre y beneficio de todas las sociedades en cuya representación he

actuado y que aparecen mencionadas como vendedoras, en el contrato de 4 de junio de 1982, adicionado el 16 de junio de 1982, firmado por las sociedades Prounida Ltda. y Coloca Ltda., así como en nombre y beneficio de C. y Cia. Comercial Roche Ltda., endosataria del título D-5862'. Agrega dicha carta que Germán De La Roche entregó al Banco un pagaré por valor de \$100'700.000, oo para garantizar al Banco en el caso de que tuviera éste 'que devolver dicha cantidad (...)'.

Lo anterior demuestra que el Banco de Caldas sabía que no podía entregar los \$100'700.000, oo valor del certificado 5862, sino después de que venciera la oportunidad para que hubiera oferta concurrente de compra, caso en el cual debía entregar dicho valor a Coloca Ltda. y Prounida Ltda. y lo mismo ocurre respecto a la entrega del valor del certificado 5860.

47º. Por consiguiente, la entrega y el pago por el Banco de Caldas de esos certificados de depósito y el recibo de esos dineros por las personas mencionadas en el hecho anterior, se hicieron violando las instrucciones dadas en la mencionada carta del 4 de junio de 1982 y en los contratos de la misma fecha, y por tanto ilegalmente.

48º. El Banco de Caldas es responsable ante las demandantes de esa entrega ilegal de los certificados de depósito y del pago del dinero correspondiente, incluyendo sus intereses (...) (folios 132 a 133, cuaderno 19).

Y con base en dicho preludeo, en relación con el Banco se solicitó la siguiente declaración:

*Que el Banco de Caldas es responsable de la entrega y el pago que hizo de los certificados de depósito 5860 y 5862, y que por consiguiente el Banco de Caldas queda obligado a pagarle a las demandantes Coloca Ltda. y Prounida Ltda., por iguales partes entre éstas o sea la mitad para cada una, lo siguiente: a) solidariamente con los demandados del primer grupo por existir concurrencia de responsabilidades, y en subsidio sin dicha solidaridad, la suma de (...); b) solidariamente con los demandados del segundo grupo, por existir concurrencia de responsabilidades, y en subsidio sin dicha solidaridad, la suma de (...) (subrayó la Sala, folio 137, *ibídem*).*

De bulto se nota el desacierto del argumento expuesto por el Banco en relación con el soporte de su convocatoria a este litigio, pues sin asomo de duda fue citado para que respondiera contractualmente por la irregular entrega que hizo de los certificados de depósito a término objeto de encargo fiduciario, conclusión que no sufre merma porque en la demanda inicial no se plasmaran las precisiones contenidas en el escrito de reforma, como quiera que dicha distinción no está prevista en el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época, revestía de total validez al libelo y su reforma como un solo pliego, al punto que ese ordenamiento ninguna excepción contempla que diera lugar a estimarlos fraccionadamente; característica que tampoco sufrió modificación con la expedición del ordenamiento procesal que sustituyó a aquel.

En suma, no es cierta la errada interpretación de la solicitud iniciadora de la contienda, endilgada por el Banco accionado al Tribunal.

3. De otro lado, menester es destacar que el Tribunal condenó al Banco de Caldas por encontrarlo responsable contractualmente de la pérdida sufrida por las demandantes con ocasión de la entrega que aquél hizo a sus codemandadas de los certificados de depósito a término.

Efectivamente, esa Colegiatura consignó que:

En sentido contrario a la forma como el banco actuó, ante la doble posibilidad de intelección de las instrucciones y la inocultable influencia que la postrer existencia de ofertas concurrentes tenía sobre el pago bien realizado, la entidad crediticia debió agotar todos los recursos interpretativos con el fin de no comprometer su responsabilidad, acudiendo -dentro de ellos- al contrato que sirvió de antecedente a la celebración de la fiducia, a fin de ver si con el clausulado pactado en la promesa se desgajaban luces para determinar si con la sola presentación de las autorizaciones se realizaba el buen pago, laborío que no solo no resultaba extravagante ante el hecho cierto de que en las instrucciones se señaló el negocio de adquisición de acciones como relación antecedente del encargo que se le otorgaba, destacando la innegable influencia existente entre los dos negocios, como quiera que el uno le dio origen al otro,... (Folios 1508 a 1509, cuaderno del Tribunal).

Seguidamente destacó que el prudente escrutinio de las instrucciones en conjunto con las promesas de venta era de rigor para la entidad fiduciaria, a fin de establecer el destinatario de los dineros, por el deber de diligencia que en ella yacía en desarrollo de los principios y el ordenamiento jurídico que rigen tal actividad fiduciaria, máxime si en el contrato de mandato -que se asimila al de encargo fiduciario- el mandatario responde hasta de la culpa leve.

Y concluyó el juez colegiado que «...ante la duda que tuvo el banco sobre la conformidad del pago realizado al grupo liderado por el señor De la Roche con las instrucciones impartidas, debió consultar al constituyente sobre la novedad que se presentaba, omisión que lo lleva a responder por el pago mal realizado, pues no en vano del mandatario se predica que responde hasta de la culpa leve; previsión que motiva la confirmación de la determinación de la responsabilidad de la entidad bancaria.» (Folio 1515, ídem).

La anterior precisión resulta indispensable a efectos de recordar que el Banco de Caldas no fue condenado a devolver los dineros representados en los certificados de depósito a término como restitución mutua derivada de la resolución, anulación o cualquiera modalidad de disolución de las promesas de venta, como al parecer lo asumió el casacionista, cuando alega que su juzgador de segunda instancia erró al ordenarle ese reintegro porque no se acreditó la existencia de una oferta concurrente, se probó que la enajenación de las acciones se frustró y las promesas de venta conservan vigencia.

De allí que el fallo coligiera irrelevante éstos dos últimos hechos, pues lo decretado fue la reparación de los daños que causó el Banco, porque su obligación contractual, como entidad fiduciaria, era la de tener en su poder los dineros que le fueron dejados a título de encargo fiduciario.

Por ende, en ese pasaje los reproches se muestran desenfocados, como igualmente se anotó en el estudio de los cargos planteados por las demás convocadas, al relievase que el Tribunal no afirmó que se hubiera generado una oferta concurrente -consideraciones que se dan por reproducidas en este acápite para evitar reiteraciones excesivas-.

4. Por lo mismo, esto es, que el Tribunal no afirmó la existencia de oferta concurrente, también son asimétricos los reproches en aquellos fragmentos en los que se endilga error a la sentencia por dejar de lado la comunicación de 7 de

octubre de 1982, que daba cuenta del inicio de trámites para la adquisición de una menor cantidad de acciones del Banco de Caldas por la Federación Nacional de Cafeteros, lo cual no constituyó una oferta de compra concurrente; la misiva del día 11 del mismo mes y año de la Comisión Nacional de Valores, con la que informó a la Corporación Financiera de Caldas que al tenor de la resolución n.º 002 (sic) de 1981 era innecesaria una nueva oferta pública de adquisición; así como los oficios de 18, 21 y 25 a 27 de octubre siguientes, cruzados entre las entidades vinculadas a la aludida Federación y la citada entidad gubernamental, para informar que la enajenación de las acciones del Banco no se había concretado; igualmente la supuesta confesión de las iniciales demandantes en el sentido de que no hubo ofertas concurrentes.

5. Tampoco hubo preterición de la prueba documental que representa la sentencia dictada el 25 de septiembre de 1989 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ni de sus efectos, desestimatoria de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que Coloca Ltda incoó frente a los actos dictados por la Comisión Nacional de Valores, pues el juzgador *ad-quem* sí la tuvo en cuenta.

Itérase que el Tribunal, para revocar la tesis del *a-quo* según la cual existió fuerza mayor que impidió concretar la venta de las acciones del Banco de Caldas, consideró que no ocurrió, entre otras cosas, porque la jurisdicción Contencioso Administrativa definió que la autorización expedida por la

Comisión no fue revocada ni sufrió alteración con las posteriores exigencias que hizo a Coloca para obtener explicaciones sobre la viabilidad de la utilización de divisas provenientes de Panamá.

Distinto es que dicha determinación judicial sea irrelevante en relación con la responsabilidad contractual por la que el BBVA fue condenado -donde radica la confusión del recurrente-, como quiera que los incumplimientos recíprocos de las prometientes compradoras y vendedores no desvirtúan aquella condena.

En efecto, colegir que la actuación de la Comisión fue legal, que sus actos no restaban eficacia a la expedición de la autorización de la oferta de compra de las acciones del Banco de Caldas y que estuvo al alcance de Prounida cumplir totalmente con los compromisos adquiridos por las prometientes compradoras, en nada inciden respecto de la condena impuesta a esta entidad financiera porque fue enjuiciada y condenada con ocasión de la pretensión de responsabilidad contractual que le fue imputada, a la que ya se hizo alusión, más no porque se tratara de una restitución mutua derivada de la desaparición judicial (resolución, anulación, etc.) de las promesas de venta.

En adición, del aludido medio de convicción no se desgaja que la jurisdicción Contencioso Administrativa hubiere concluido ajustada a los acuerdos de las partes la entrega de los certificados de depósito a término que hizo el Banco; consideración que sería propia de la legalidad objeto

de análisis en dicha actuación y no guarda conexión con el estudio de los elementos de responsabilidad analizados en esta causa. En todo caso, una lectura de dicha providencia desvirtúa, sin más, esa aseveración.

6. De otro lado, las promotoras no aceptaron que la transferencia de los dineros que hizo el Banco a sus codemandados se ajustó al pacto de las partes, ya que esta manifestación es extraña al escrito con que aquella reformó su demanda, a pesar de que indicaran como causa de la frustración de la venta de acciones las exigencias impuestas por la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria, pues esto no equivale a convalidar la actuación desplegada por el Banco.

Igual sucede con la cesión que hizo Coloca a favor de Prounida, porque en el documento que la contiene se aduce, como lo alega el casacionista, que la cedente intervendría como reclamante en este juicio con el propósito de recuperar las arras entregadas mediante encargo fiduciario; pero esta afirmación no deja ver que el despliegue contractual del Banco fuera avalado.

Entre las premisas de las que parte el Banco y sus conclusiones no existe el camino inequívoco según el cual se aceptó que su actuar fue correcto.

Por el contrario, las accionantes fueron enfáticas en relatar que el Banco debía asumir el pago de los daños que causó, al margen del desenvolvimiento contractual derivado

de las promesas de venta, al punto que incoó pretensiones específicas en contra de dicha institución financiera, acumuladas pero independientes de las que planteó frente a las prometientes vendedoras, según ya se anotó en esta providencia, en las que le imputó al Banco una responsabilidad concurrente.

7. No hubo omisión probatoria del Tribunal respecto de la supuesta confesión de las demandantes contenida en el libelo que incoaron ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, para iniciar la acción de nulidad de los actos administrativos de la Comisión Nacional de Valores de fechas 14 y 20 de septiembre de 1982 así como el plasmado en el telegrama de 21 de septiembre de ese mismo año, ya que en ese escrito no se afirmó que la entrega por el Banco de los certificados de depósito se ajustara a las instrucciones impartidas.

Ese escrito introductor tan sólo contiene un relato del desarrollo dado por las partes a las promesas de venta, señalando que *«(a)l producirse la aprobación de la Superintendencia y la autorización de la Comisión Nacional de Valores, los vendedores o prometientes vendedores, con copias de los dos actos administrativos (que por sí son 'constancias escritas' de tales aprobación y autorización), solicitaron al Banco de Caldas la entrega del dinero correspondiente a los dichos depósitos, y el Banco lo entregó a aquellos»* (folio 74, cuaderno 39).

Como se desprende de la alusión transcrita, no existe la confesión alegada por la entidad recurrente porque -al margen del calco de las cláusulas convenidas por las partes así como de las instrucciones dadas al Banco en relación con los certificados de depósito- las demandantes no afirmaron que la entrega de esos dineros se ajustó a las indicaciones impartidas en el encargo fiduciario. Solamente anotaron que se dio la entrega, nada más.

Entonces, el Tribunal no pretermitió la confesión porque es inexistente.

8. Sin embargo, el Tribunal sí se equivocó, y ostensiblemente, al colegir ambigüedad de las instrucciones otorgadas al Banco de Caldas en desarrollo del encargo fiduciario que tuvo por objeto los dos certificados de depósito a término constituidos por Coloca y Prounida -a título de arras penitenciales de las promesas de venta-, para edificar la responsabilidad contractual de esa entidad que convalidó.

Lo anterior por cuanto dicho explicativo, suscrito por las prometientes compradoras, así como por los delegados de las prometientes vendedoras, consagró:

1.- Los títulos Nos. D-5862 y D-5860 serán entregados a los beneficiarios de los mismos cuando estos, le presenten al Banco constancias escritas de la Comisión Nacional de Valores y de la Superintendencia Bancaria respectivamente, en el sentido de que la primera autorizó la oferta pública de un mínimo de Diez y ocho millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos noventa y cuatro acciones (18'889.994) del Banco de Caldas y de que la segunda aceptó que Prounida Ltda. y Coloca Ltda., adquirieran para sí las acciones mencionadas, o constancias de dichas

entidades expresando que no fueron presentadas por los compradores las solicitudes, o de que fueron presentadas en plazo diferente al pactado en el contrato celebrado en 4 de Junio de 1982, o de que fueron presentadas sin el lleno de los requisitos exigidos por las normas vigentes.

2.- Los títulos mencionados serán entregados a Prounida Ltda. y Coloca Ltda., contra la presentación de constancia escrita de la Comisión Nacional de Valores en el sentido de que negó la autorización de la oferta o de la Superintendencia Bancaria en el sentido de que negó la autorización del negocio de adquisición de Diez y ocho millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientas noventa y cuatro acciones (18'889.994) del Banco de Caldas por parte de Prounida Ltda. y Coloca Ltda. o de que oportunamente fue presentada oferta concurrente (folios 67 a 68, cuaderno 1).

De tales orientaciones se desprende que los negociantes previeron la entrega de los certificados de depósito a las prometientes vendedoras si la Superintendencia Bancaria y la Comisión Nacional de Valores autorizaban la enajenación de las acciones y la presentación de la oferta pública de compra, en su orden. Al mismo tiempo consagraron que de ser radicada una oferta concurrente aceptada por este extremo del convenio, dichos depósitos deberían reintegrarse a las potenciales compradoras.

Por lo tanto, existía la posibilidad de que los títulos valores debieran ser entregados a las prometientes vendedoras, si eran concedidos los permisos por la Comisión Nacional de Valores, así como por la Superintendencia Bancaria; y con posterioridad tuviera que devolverlos a las prometientes compradoras, si un tercero presentaba oferta concurrente aceptada por las vendedoras.

Esa redacción no evidencia contradicción alguna, contrario a lo definido por el *ad-quem*, menos que conminara al Banco a abstenerse de entregar los CDT's a las prometientes vendedoras si le acreditaban los permisos referidos a espacio, pues nada impedía que ambas entregas ocurrieran, pero en momentos diferentes, atendiendo el tenor de las promesas de venta, ya que en la primera de ellas se convino:

*Para responder por el cumplimiento de sus obligaciones y a título de **arras penatorias**, los COMPRADORES constituirán en esta misma fecha, en el Banco de Caldas, un depósito a término por la suma de ciento sesenta y cuatro millones trescientos mil pesos M/cte. (\$164.300.000,00) e intereses al 34% anual, con noventa (90) días de vencimiento, a favor de SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO & CÍA. S.A. como representante de los VENDEDORES. El certificado correspondiente a este depósito será entregado al mismo Banco de Caldas, en fiducia, acompañado de una carta de instrucciones suscrita por los COMPRADORES pero que llevará el visto bueno del Beneficiario mencionado, carta en la cual se ordenará irrevocablemente al Banco que entregue al mismo beneficiario el certificado de depósito a término en referencia, una vez que este le presente a aquél constancias escritas de la Comisión Nacional de Valores y de la Superintendencia Bancaria, respectivamente, en el sentido de que la primera autorizó la oferta pública de que trata la cláusula primera de este documento, y de que la segunda aceptó que los PROMETIENTES COMPRADORES adquirieran para sí las acciones objeto de la oferta. La misma carta expresará que si al Banco se le presenta constancia escrita de la Comisión Nacional de Valores en el sentido de que negó la autorización para la oferta, o de la Superintendencia Bancaria en el sentido de que negó su aprobación al negocio de la adquisición de las acciones por los COMPRADORES, o de que oportunamente fue presentada oferta concurrente, admitida, de un tercero, en cualquiera de estos tres casos que ocurra el Banco restituirá el aludido certificado de depósito a término a los COMPRADORES. **Entregado el certificado al beneficiario SUCESORES de JOSE JESUS RESTREPO & CIA. S.A., en los términos expresados en esta cláusula, su valor por concepto de capital exclusivamente, es decir sin incluir los intereses,***

que en todo caso serán devengados por los VENDEDORES, se imputará al pago del precio del primer lote de acciones que refiere el literal A) de la cláusula cuarta del presente contrato... (Cláusula quinta; folios 45 a 46, cuaderno 1; resaltado no original).

Y en la segunda promesa se consagró:

*Para responder por el cumplimiento de sus obligaciones y a título de **arras penatorias**, los COMPRADORES constituyeron el 3 de Mayo de 1982, en el Banco de Caldas, un depósito a término por la suma de CIEN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/cte. (\$100.700.000,00), con intereses al treinta y cuatro (34%) anual, con noventa (90) días de vencimiento, a favor de HERNÁN JARAMILLO OCAMPO, como representante de los VENDEDORES. El certificado correspondiente a este depósito fue entregado al mismo Banco de Caldas, en fiducia, y en la fecha de este documento se acompaña una carta de instrucciones suscrita por los COMPRADORES pero que llevará el visto bueno del Beneficiario mencionado, carta en la cual se ordenará irrevocablemente al Banco que entregue al mismo beneficiario el certificado de depósito a término en referencia, una vez que este le presente a aquél constancias escritas de la Comisión Nacional de Valores y de la Superintendencia Bancaria, respectivamente, en el sentido de que la primera autorizó la oferta pública de que trata la cláusula primera de este documento, y de que la segunda aceptó que los oferentes COMPRADORES adquirieran para sí las acciones objeto de la oferta, o constancia de dichas entidades expresando que no fueron presentadas por los COMPRADORES las solicitudes o de que fueron presentadas en plazo diferente al aquí pactado, o de que fueron presentadas sin el lleno de los requisitos exigidos por las normas vigentes. La misma carta expresará que si al Banco se le presenta constancia escrita de la Comisión Nacional de Valores en el sentido de que negó la autorización para la oferta, o de la Superintendencia Bancaria en el sentido de que negó su aprobación al negocio de la adquisición de las acciones por los COMPRADORES, o de que oportunamente fue presentada oferta concurrente, admitida, de un tercero, en cualquiera de estos tres casos que ocurra el Banco restituirá el aludido certificado de depósito a término a los compradores. **Entregado el certificado al beneficiario HERNAN JARAMILLO OCAMPO, en los términos expresados en esta cláusula, su valor por concepto de capital exclusivamente, es decir sin incluir los intereses,***

que en todo caso serán devengados por los VENDEDORES, se imputará al pago del precio del primer lote de acciones que refiere el literal A) de la cláusula cuarta del presente contrato... (Cláusula quinta; folios 51 a 52 *ibídem*; Resaltado ajeno al texto).

Es decir, los certificados de depósito a término, por expreso acuerdo de las partes, constituían las arras de los acuerdos preparatorios con una doble connotación, confirmatorias, porque se pactó la entrega anticipada de dinero para ser imputado posteriormente al precio del contrato de compraventa (art. 1861 C.C.), y penitenciales, al estipularse que el incumplimiento de las prometientes compradoras daría lugar a que dichos títulos valores quedarán en poder de sus contendoras (art. 867 C. de Co.)

Como los títulos valores servían de arras confirmatorias penales de las obligaciones que por la promesa se contrajeron, su entrega anterior al perfeccionamiento de la venta era viable, tal cual lo realizó la entidad financiera, a pesar de la posibilidad de que esos dineros posteriormente debieran ser devueltos, conclusión que desvirtúa la supuesta incoherencia del instructivo dado al Banco de Caldas.

Por el contrario, ese pago antelado es propio de la arquitectura de la relación, ajustada al instituto de las arras, especialmente las penitenciales, mediante la entrega anticipada de los CDT's con la doble función que los comerciantes quisieron darle: confirmar el negocio al señalar que si estos títulos eran entregados a los prometientes vendedores se imputarían al precio del primer lote de

acciones y como arras penitenciales en caso de desacato de las potenciales adquirentes.

Sobre esta tipología de arras y con el fin de diferenciarlas de la cláusula penal, la Sala anotó en pretérita oportunidad que *«(r)esulta imperativo memorar la distinción que existe entre arras penales y cláusula penal, pues entre tanto las primeras suponen la prestación **anticipada** y efectiva de la indemnización para el evento del incumplimiento contractual, la cláusula penal sólo dispone la fijación de un monto a título de tal, para la misma circunstancia. Hay pues aquí dos vínculos obligatorios diferentes y con objetos igualmente distintos, lo cual no permite confundir una y otra institución»* (CSJ, SC de 1º dic. 2004, rad. n.º 54122, resaltó la Sala).

En igual sentido de antaño la Corte había señalado, a su vez evocando fallo de 6 de junio de 1955, que *«las arras confirmatorias penales’ son las ‘dadas por uno de los contratantes al otro como liquidación **anticipada** de los perjuicios (arras confirmatorias), en cuyo caso la estipulación tiene los caracteres de la cláusula penal, de la que sólo se diferencia en cuanto ésta no es como aquella prestación real o **antelada**’* (SC de 10 may. 1977, reiterada en SC de 11 dic. 1978, no publicadas. Destacado extraño al original).

En consecuencia, el Tribunal tergiversó el instructivo que regía la entrega de los certificados de depósito a término, porque no denota la incoherencia aludida en el fallo, vulnerando las reglas que rigen la hermenéutica de los

acuerdos de voluntades, especialmente el mandato contenido en el artículo 1620 del Código Civil, a cuyo tenor *«el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno»*.

Luego, la adecuada hermenéutica del instrumento es que se entregaran las arras, como confirmación de la voluntad de las prometientes vendedoras, sin perjuicio de su reintegro en caso de ofertas concurrentes aceptadas, para lo cual el Banco tomaría medidas oportunas, como en efecto lo hizo, al exigir un pagaré que sirviera de título para su devolución forzosa.

En tal orden, la estimación probatoria que hizo el juzgador colegiado dejó desprovista de su razón de ser a las «arras penitenciales», en la medida en que, como lo acredita la resolución 248 del 9 de agosto de 1982, por medio de la cual la Comisión Nacional de Valores autorizó la oferta pública de compra, *«el término de validez de la oferta no podrá ser inferior a un (1) mes ni superior a dos (2) meses y comenzará a correr el día siguiente a la fecha de la última de las publicaciones»* (art. 5º, folios 41 a 42 del cuaderno 15), lapso que, a fin de cuentas, corrió entre el 26 de agosto y el 26 de octubre de 1982, como quiera que la última de las publicaciones fue realizada el 24 de agosto de dicha anualidad (folio 94, cuaderno 19).

En otros términos, la época hasta la cual era legalmente procedente la presentación de ofertas concurrentes por

terceros era posterior a aquella en que las partes entregarían el valor del primer lote de acciones junto con las garantías de los restantes (20 de septiembre de 1982).

Por lo tanto, interpretar que el Banco de Caldas debía esperar al vencimiento del plazo para la radicación de ofertas concurrentes en aras de entregar las «arras penitenciales», les restaba toda la connotación jurídica que distingue a este instituto de la cláusula penal, como es su entrega real y anticipada, al dejarlo sin efecto práctico y supeditararlo a la celebración de la compraventa prometida porque, como se anotó en precedencia, la oferta concurrente aceptada por los accionistas del Banco iba a verificarse después del pago del primer lote de las acciones junto con la entrega de las garantías por los saldos de las demás acciones.

Tampoco observó el funcionario colegiado cómo, «(e)n aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato» (art. 1621 *idem*), precepto que, empleado al caso de autos, implicaba dar prevalencia a la naturaleza de las arras convenidas tal cual se anotó (penitenciales).

En adición, cuando es «(c)onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras» (art. 1618), lo que en buenas cuentas traduce, para el *sub lite*, asumir que en los contratantes medió consciencia al impartir las instrucciones del encargo fiduciario y consagrar la posibilidad de que tanto las

promitentes compradoras como vendedoras podrían recibir las arras penitenciales convenidas, perspectiva a tono con la cual diseñaron dos viables soluciones que no se contraponen: la entrega inmediata de los dineros a favor de las potenciales vendedoras a título de arras penitenciales y su devolución al extremo contrario de operar la condición resolutoria de las promesas de venta consistente en la presentación de una oferta pública concurrente, labor que debía hacerse por conducto del Banco.

Interpretación contraria a esta significaría, en desmedro del precepto transcrito a espacio, aceptar que los contratantes estuvieron extraviados en el diseño de las promesas de venta, a pesar de que el desenvolvimiento contractual muestra lo contrario, como lo anotó la Corte.

Entonces, el Tribunal incurrió en yerro fáctico al apreciar las promesas de venta y las instrucciones del encargo fiduciario, porque si bien es cierto que era necesaria su estimación por el Banco de Caldas con el propósito de auscultar el querer de sus suscriptores para definir la entrega de los certificados de depósito, del mismo modo lo es que para tal propósito de esos precontratos no se desprendía la obligación de la entidad financiera de esperar el vencimiento del plazo previsto para la presentación de ofertas concurrentes.

Consecuentemente, como lo argumentaron los dos cargos bajo estudio, el juzgador de última instancia cometió los desafueros que se le endilgaron por colegir que los

acuerdos de marras imponían al Banco el deber de abstenerse de entregar los CDT's a las promitentes vendedoras, hasta tanto venciera el plazo para la presentación y aceptación de una posible oferta concurrente derivada de la oferta pública de compra de las acciones del Banco de Caldas; a pesar de que dichas menciones contractuales no denotaban incoherencia intrínseca alguna, sino la intención clara de los contratantes de prever un destino alternativo para los dineros depositados en caso de que no pudieran llevarse a feliz término las ventas prometidas.

Por ende, nada impedía la entrega en la forma en que la ejecutó el Banco -itérase- con independencia de que a la postre debieran ser restituidos los títulos valores si se determinaba que fueron deshonradas las promesas de venta o que se tornara imposible su cumplimiento. Lo cual explica que se adoptaran medidas para garantizar su recuperación como la suscripción de un pagaré, sin que de este comportamiento pueda inferirse un error de conducta.

Al desvirtuarse la responsabilidad del Banco tras colegirse su correcto actuar, al descubierto queda la falencia notoria del Tribunal por concluir que esa entidad entregó prematuramente los títulos valores; así como por entender que el pagaré que exigió a los suscriptores de la segunda promesa de venta corroborara su irregularidad, empero se trató de una previsión para la eventualidad citada, esto es, que se viera conminada a devolver los certificados de depósito a las promitentes compradoras.

Es que, como lo adujeron todos los demandados a lo largo del pleito, mirando la primera de las instrucciones dadas al Banco, se extraía el convenio de las partes acerca de que, al ser expedidas las autorizaciones por la Comisión Nacional de Valores y la Superbancaria, era viable la entrega de los certificados de depósito a las prometientes vendedoras.

De presentarse con posterioridad una oferta concurrente, se generaba una causal de resolución del pacto prevista por las partes a modo de condición extintiva, que daba lugar a la devolución de las vendedoras de los dineros recibidos a título de restituciones mutuas.

Así las cosas, se generó la vulneración del ordenamiento sustancial denunciada, porque la presentación de una oferta concurrente de un tercero, aceptada por los prometientes vendedores, que a su vez generaba la obligación de restituir los certificados de depósito a las prometientes compradoras, denota una condición resolutoria al tenor del artículo 1536 del Código Civil², con los efectos retroactivos connaturales a esta; precepto legal que, por contera, no fue aplicado por el juzgador.

De allí que tampoco sea de recibo la consideración del funcionario de última instancia, según el cual el Banco así mismo debía abstenerse de entregar los dineros si se presentaba circunstancias diferentes a las previstas en las

² Art. 1536. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

instrucciones, como un incumplimiento mutuo, pues este tema es ajeno a las arras penitenciales, en concordancia con el artículo 1546 del Código Civil, que, en tratándose de contratos bilaterales, consagra la condición resolutoria tácita, la cual consiste en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió.

Ahora bien, es cierto que la entidad financiera convocada entregó las arras a las prometientes vendedoras con anterioridad al vencimiento del término de ejecutoria de la resolución expedida por la Comisión Nacional de Valores, que autorizó la oferta pública de compra; empero, esta alegación no fue planteada en la demanda como pilar de la responsabilidad por la que fue llamado a juicio el hoy BBVA Colombia.

Por consecuencia, se trató de un aspecto que no podía servir de base a la condena bancaria declarada, so pena de conculcar el derecho de defensa y, por ende, la garantía fundamental al debido proceso del Banco de Caldas.

9. Las censuras estudiadas conjuntamente, por lo tanto, prosperan.

10. Como quiera que dos reproches incoados por esta entidad financiera prosperarán, por sustracción de materia no serán analizados los esgrimidos por Prounida, en cuanto

están dirigidos a obtener una condena dineraria superior a la que logró, como pasa a verse:

10.1. En el primer cargo, al amparo de la causal inicial de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, tal entidad adujo la vulneración, por vía directa, de los artículos 1608, 1613 a 1617 del Código Civil, 16 de la ley 446 de 1998 y 884 del Código de Comercio por interpretación errónea, al argumentar que para desestimar la condena por concepto de intereses moratorios, el juez *ad-quem* analizó las hipótesis reguladas en el artículo 1608 del Código Civil, no obstante que existen otras no previstas en tal mandato que dan lugar a dicho reconocimiento.

Se trata, añadió, de las obligaciones con término de vencimiento, en las cuales la mora se produce por la fuerza de las cosas; así como aquella en que la prestación no puede darse o ejecutarse sino en un preciso momento y el deudor la omite; o cuando este está en mejor posición de saber cuándo es la oportunidad para honrar la prestación, como sucede en la obligación de efectuar una reparación radicada en quien se obligó a precaver un peligro que amenaza al acreedor; o si el deudor *motu proprio* y en un acto de rebeldía manifiesta su intención de incumplir; igual sucede en el caso del ladrón en relación con la obligación de restituir lo hurtado.

Agregó que estas situaciones por obvias no pueden desconocerse, menos exigirse un requerimiento para tener como moroso a quien desobedeció lo acordado, porque

ambas partes saben que este fue renuente en la satisfacción de sus compromisos.

Ahora, si lo demandado es la resolución del acuerdo de voluntades, vano resulta intimar al contratante incumplido para que acate sus débitos, porque esta prestación es contraria a aquella pretensión.

De allí que quien quebranta uno de los aludidos deberes esté obligado a cubrir los perjuicios que causó, siendo innecesario e incluso exagerado exigir a la víctima actividad alguna para que el infractor sea tenido por moroso.

Por lo tanto, la exigencia del requerimiento al deudor constituye la regla general pero no es absoluta, lo que evidencia el yerro mayúsculo del Tribunal al estudiar la mora con un criterio limitado del artículo 1608 del CC, que impidió auscultarla en el caso de autos para concluir que las demandadas eran deudoras morosas por varias razones, frustrando la reparación de los daños causados en detrimento de los cánones 1613 a 1615 y 1617 *ejusdem* en concordancia con el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 884 del Código de Comercio, este último que consagra el pago de intereses como indemnización por obligaciones dinerarias.

10.2. En el segundo cargo Prounida, fincada en la primera causal de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusó la sentencia de segunda instancia de conculcar indirectamente los artículos 1608, 1613 a 1617 del Código Civil, 16 de la ley 446 de 1998 y 884

del Código de Comercio, debido a errores de hecho en la estimación del material probatorio, al ser revocados los intereses moratorios decretados por el *a-quo*, reproche que sustentó en que el Tribunal omitió circunstancias que hacían inaplicable el artículo 1608 del Código Civil, como que el Banco de Caldas por sí solo incurrió en mora, al entregar los dineros materia del encargo fiduciario a los restantes demandados, no al verdadero acreedor, lo cual volvía innecesario cualquier requerimiento ya que la prestación que debía solventar estaba ejecutada, pero en favor de otra persona.

Igualmente anotó que la entidad financiera manifestó, al contestar la demanda iniciadora del pleito, que se ciñó a las instrucciones a ella otorgadas por lo que cumplió el encargo fiduciario, lo cual pone al descubierto su expresa voluntad de repudiar el derecho de los prometedores compradores a que les fueran devueltos los dineros depositados, haciendo inocua la reclamación que exigió el fallo cuestionado, de la que por ende estaban eximidas las iniciales accionantes.

Completó que como la sentencia fustigada concluyó que el pago efectuado por el Banco fue de una irregularidad imperdonable o grotesca, con las mismas pruebas que le sirvieron para tal propósito debió colegir que esa entidad actuó de mala fe, evento en el cual es vano requerirlo para constituirlo en mora al tenor del artículo 1615 del estatuto civil.

Así mismo, porque tenía en su poder un concepto jurídico que le sugería abstenerse de pagar y en razón a que había sido engañado por Germán de la Roche, pero decidió entregar los dineros a sus propios accionistas, mostrando su interés de defraudar a los prometientes adquirentes de sus acciones.

Sumó que si la sentencia fue enfática en indicar que el Banco conocía el negocio subyacente que dio origen al encargo fiduciario y, por tanto, debió mirar más allá de este para verificar el vencimiento de los términos en que las partes debían acatar sus obligaciones, así como colegir que se configuraba el evento previsto en el numeral 1º del artículo 1608 del CC, porque en la segunda de las promesas de venta quedó consagrado el 19 de agosto de 1982 como fecha límite para ajustar la compraventa de las acciones.

De allí que para el *ad-quem* también era forzoso deducir que el Banco debió percatarse, el 12 de agosto de 1982 cuando entregó los dineros a sus accionistas, que el negocio estaba próximo a malograrse y que debería tener disponibles los certificados de depósitos para reintegrarlos a los constituyentes.

Tal fracaso irradiaba a la primera promesa de venta por estar ligadas debido a que los pactos preparatorios fueron condicionados a que sumaran conjuntamente la cantidad mínima de 18'889.994 acciones.

Esto último por cuanto la entidad financiera estableció, o debió hacerlo, con base en los contratos preparatorios, que el plazo pactado para celebrar la compraventa venció con anterioridad al lapso consagrado en la resolución de la Comisión Nacional de Valores que autorizó la oferta pública de compra para que se presentaran ofrecimientos concurrentes, pues este acto administrativo le fue entregado por Germán de la Roche; de donde saltaba a la vista que no debía disponer de los depósitos dados a título de encargo fiduciario en favor de los promitentes vendedores.

Todo pone de presente que el juzgador no se percató de que el Banco incurrió en mora de restituir los depósitos a los prometientes compradores el 21 de septiembre de 1982, porque el día anterior había fracasado el negocio intentado, configurándose la situación regulada en el numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil, esto es, la incursión del deudor en tardanza automática.

Por contera, el derecho a devengar los réditos moratorios nació desde aquella data, no con la sentencia que dirimió el litigio como lo expuso la Corporación de última instancia, lo que acentúa la tesis de que la sentencia dictada en un juicio de responsabilidad contractual no es constitutiva sino declaratoria, por limitarse a proclamar que en un momento dado existió una conducta infractora del convenio.

10.3. En el tercer Cargo, Prounida de nuevo endilgó a la sentencia recurrida la violación directa de los artículos 1608,

1613 a 1617 del Código Civil, 16 de la ley 446 de 1998, 884 del Código de Comercio, y 89 a 90 del Código de Procedimiento Civil, por restarle efectos de constitución en mora a la notificación del auto admisorio de la reforma de la demanda, pues si bien es cierto que dicha figura fue consagrada con la modificación que introdujo el Decreto 2282 de 1989 al ordenamiento adjetivo y que en el *sub lite* previamente habían sido enteradas las convocadas del proveído que dio curso al pliego inicial, esto no le resta a la alteración del libelo las consecuencias sustanciales previstas en el cambio normativo cuando, como en el caso de autos, la reforma se dio en vigencia del nuevo precepto legal.

Además, al ser el requerimiento un acto con el cual el acreedor sienta protesta frente al deudor por la inejecución de un compromiso de este, tanto la comunicación del auto admisorio del escrito genitor del pleito como el de su reforma generan la citada amonestación, de lo contrario se estaría desconociendo el instituto de la mora regulado en los artículos 1608 y 1615 del CC, así como el canon 65 de la ley 45 de 1990; y que existan varios avisos del acreedor no desdice la precedente conclusión, porque la ley no otorga efectos liberatorios a la reiteración.

En consecuencia, el juzgador *ad-quem* conculcó el ordenamiento sustancial, pues si de ser riguroso se trataba, debió conferir el efecto constitutivo de la mora derivado de la vinculación al pleito al demandado a la notificación del auto que admitió la reforma del libelo, no al del pliego inicial, porque aquel escrito conlleva un nuevo litigio, de ahí que el

nuevo traslado faculta al convocado para proponer otra posición defensiva.

Por ende, los intereses de mora debieron ser reconocidos en el fallo, sin importar que a ojos del juzgador se trate de una gran cuantía al ser un derecho y no una concesión graciosa.

De otro lado, a la demanda inicial también debió dársele efecto de constitución en mora, no porque se trate de una aplicación retroactiva del Decreto 2282 de 1989 porque en esto acertó el Tribunal, sino porque llamar a juicio a una persona la hace caer en mora aun cuando no existiera ley expresa que así lo consagrara, al tratarse de una interpelación judicial para que acate una obligación, con mayor significación que la intimación privada.

10.4. En el cuarto embate, la demandante aludida, con base en la causal inicial de casación, nuevamente la recurrente adujo conculcados indirectamente los artículos 1608, 1613 a 1617 del Código Civil, 16 de la ley 446 de 1998, 884 del Código de Comercio, y 89 a 90 del Código de Procedimiento Civil, debido a errores de hecho en la contemplación de la demanda y su reforma; para lo cual anotó que el fallo desacertó al señalar que la reforma al libelo no podía implicar la constitución en mora de los enjuiciados porque no modificó la relación jurídica sustancial con respecto al escrito inicial, pues esto sí ocurrió en la medida en que fueron suprimidos unos iniciales demandados, como Construcciones Protexa SA de CV, Jaime Echeverry Elejalde,

los herederos indeterminados de Miguel Vélez Jaramillo, Central Leasing SA, Compañía Inmobiliaria Roche Ltda. y Graciela Álvarez Cortés; y se sustituyó a la Caja de Ahorros y Fondo de Recompensas y Pensiones y Jubilaciones de la Federación Nacional de Cafeteros por ésta última.

Así mismo se incorporaron otros fundamentos fácticos, como el que imputó incumplimiento al Banco de Caldas y relató la conciencia que este tuvo respecto de la irregularidad cometida en el pago del encargo fiduciario, al exigir un pagaré como garantía a Germán de la Roche.

De otro lado, hubo modificación de una pretensión de la demanda inicial, pues se había deprecado condena solidaria en contra del Banco de Caldas y las demás encartadas, al paso que en la reforma se pidió, subsidiariamente, dicha condena alejada de la solidaridad; modificación de gran calado pues se demanda la responsabilidad de tal institución financiera de forma directa por el desconocimiento del encargo fiduciario.

Fue protuberante el desconocimiento de tales cambios por el fallador, porque cualquier juzgador los hubiera notado y dejaban al descubierto que la reforma al libelo modificó la relación jurídica sustancial con respecto al escrito inicial; por contera el yerro trascendió en la definición del litigio pues las referidas variaciones implicaban la constitución en mora de los enjuiciados, al tenor del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil, viabilizando los intereses

moratorios comerciales reconocidos por el *a-quo*, por aplicación de los cánones 1613 a 1614 y 1617 de esta obra, 16 de la ley 446 de 1998 y 884 del Código de Comercio.

10.5. A través del quinto cargo, Prounida acusó a la sentencia de conculcar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1618, 1621 a 1622, 1649 del Código Civil, 884 del Código de Comercio y 16 de la ley 446 de 1998, debido a errores fácticos en la apreciación del material probatorio, al concluir que los réditos remuneratorios convenidos en los certificados de depósito a término serían entregados, en cualquier evento, a los prometientes vendedores, toda vez que dicha cláusula resultaba aplicable únicamente si la venta de las acciones llegaba a feliz término; a más de que con posterioridad al vencimiento de los títulos seguía causando tales intereses, contrariamente a lo considerado por el *ad-quem*.

En apoyo del reproche se critica al juez colegiado por apreciar mal las promesas de venta ajustadas el 4 de junio de 1982, porque la redacción de la cláusula 5ª de cada una deja ver que las arras incluían los intereses de plazo; además, cuando en ellas se alude a estas ganancias se parte de que los depósitos a término hayan sido entregados a los vendedores; y si bien es cierto que la estipulación 8ª del primero de esos pactos pareciera referirse solamente al capital entregado en depósito, esa duda se disipa con lo plasmado en la misma disposición del otro contrato preparatorio, que remite a la cláusula 5ª.

La mención de que los frutos remuneratorios estarían destinados «*en todo caso*» a los prometientes vendedores, tuvo como propósito prever dos eventualidades: que sus contrarios incumplieran las promesas debiendo perder las arras -incluidos los réditos- o que se hubiera perfeccionado el negocio en cuyo caso dichas utilidades se entregarían a los vendedores como acto de liberalidad de los compradores.

Entonces, complementó Prounida, nada se previó en relación con los intereses en caso de incumplimiento recíproco porque en tal eventualidad no hay lugar al pago de arras; y si se tratara de infracción de los prometientes vendedores estos tendrían que restituirlas dobladas, siendo un contrasentido que percibieran sus dividendos.

Erró entonces el Tribunal al concluir que los intereses de plazo quedarían en manos de los prometientes vendedores en cualquier evento, lo que impidió su devolución a las demandantes, con corrección monetaria, máxime si la estipulación de una dádiva debe repeler cualquier motivo de duda conforme a los artículos 1450 a 1453 del Código Civil.

De allí que la expresión «*en todo caso*» tenía como finalidad aclarar que aun cuando los intereses no se imputarían al precio de las acciones, sí se deberían entregar a los vendedores.

De igual manera fueron valorados erradamente los títulos de depósito, pues si bien depositantes y depositario convinieron que no se prorrogarían automáticamente al

momento de su redención, con la consecuencia de que los réditos del 34% anual pactados cesarían, esto no significa que dejaran de producir los intereses bancarios corrientes consagrados en el artículo 884 del Código de Comercio, porque esto último no fue pactado.

Extraer esta conclusión, como lo hizo el Tribunal, comporta una suposición probatoria extraña a las referidas piezas documentales y hace a un lado no solo el mandato legal citado a espacio sino la voluntad de las partes; lo cual sube de tono si se tiene en cuenta que la misma sentencia reconoció que la prórroga de los depósitos a término sí estaba acordada, al aducir que a su vencimiento el titular debe acercarse al Banco para la restitución *«o para que se le expida un nuevo certificado»*.

Sería ilógico e inequitativo pensar, siguiendo la tesis del fallador, que si el Banco de Caldas no hubiera entregado los depósitos a término conservándolos en su poder, a la fecha no estarían generando intereses.

Incluso el mismo fallo se contrapone porque si los dineros depositados a término no producían intereses remuneratorios con posterioridad a la época de su redención, tampoco generarían los moratorios y, sin embargo, nótese que estos fueron desestimados con otro razonamiento, como que no se cumplió ninguno de los supuestos regulados en el artículo 1608 del Código Civil.

Se suma a lo anterior, añadió el cargo, la omisión del fallo respecto del memorando del 13 de agosto de 1982 enviado por la vicepresidencia ejecutiva del Banco de Caldas a su gerencia de operaciones, con el cual dispuso el pago de los referidos rendimientos con posterioridad a la fecha de redención de los depósitos a término, pieza probatoria que mostraba cómo el Banco depositario -sabedor cual más de los términos de la deuda-, sí reconoció los rendimientos que el juzgador negó.

Total, fue evidente el desacierto del Tribunal al negar los intereses remuneratorios pactados hasta el 2 de agosto de 1982, así como los causados ulteriormente a la tasa bancaria corriente prevista en el artículo 884 del Código de Comercio, omitiendo la aplicación de éste canon así como del 1649 del Código Civil y 16 de la ley 446 de 1998.

10.6. En un sexto reproche casacional, la inicial accionante endilgó el quebrantamiento por vía indirecta, tras su inaplicación, de los artículos 886 del Código de Comercio, 1º del Decreto reglamentario 1454 de 1989, 1649 del Código Civil y 16 de la ley 446 de 1998, a consecuencia de error de hecho en la estimación del material persuasivo, que forjó la negación de los intereses sobre intereses pedidos en la demanda.

Para erigir el embate la entidad casacionista sostuvo que el Tribunal no miró el efecto producido por la reforma del libelo, con la cual renunció a demandar a Construcciones Protexa SA de CV, Jaime Echeverry Elejalde, los herederos

indeterminados de Miguel Vélez Jaramillo, Central Leasing SA, Compañía Inmobiliaria Roche Ltda. y Graciela Álvarez Cortés; sustituyó a la Caja de Ahorros y Fondo de Recompensas y Pensiones y Jubilaciones de la Federación Nacional de Cafeteros por ésta última; incorporó otros fundamentos fácticos, como el que imputó incumplimiento al Banco de Caldas y relató la conciencia que este tuvo respecto de la irregularidad cometida en el pago del encargo fiduciario, al exigir un pagaré como garantía a Germán de la Roche; modificó una pretensión de la demanda inicial en la que deprecó condena solidaria en contra del Banco de Caldas y las demás encartadas, para pedir subsidiariamente la condena contra la entidad financiera al margen de la solidaridad; también deprecó el pago de intereses corrientes hasta la fecha en que fueron entregados los dineros en depósito y de allí en adelante los réditos remuneratorios así como los moratorios, a pesar de que en el libelo inicial sólo pidió el pago de intereses comerciales; y también solicitó que en la condena en costas fuera aplicado el numeral 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

En otros términos, con la reforma a la demanda al Banco de Caldas se le imputó responsabilidad por el desconocimiento del encargo fiduciario, porque hasta ese entonces la endilgada no tenía tasa ni medida.

Así las cosas, si el Tribunal no hubiera olvidado las precisiones contenidas en el escrito de reforma al pliego inicial, hubiera notado que la presentación de este libelo en

el año 1993 implicaba la aplicación del precepto 886 del Código de Comercio.

10.7. En el séptimo y último embate casacional, Prounida, erigida en la causal 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, tildó la sentencia recurrida de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 90 del Código de Procedimiento Civil, 1º en su numeral 41 del decreto 2282 de 1990, 40 de la ley 153 de 1887, 886 del Código de Comercio, 1º del decreto reglamentario 1454 de 1989, 1649 del Código Civil y 16 de la ley 446 de 1998, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación del acervo probatorio.

Para tal propósito anotó que el Tribunal, en aras de desestimar el reconocimiento de intereses sobre intereses reconocidos por el *a-quo*, dejó de ver que su pago se deprecó en la reforma al libelo inicial, no en este que data del 18 de abril de 1983; por lo cual se cumplía el presupuesto a que alude el artículo 886 del Código de Comercio, atinente a que los réditos sean debidos con un año de anterioridad a la presentación de la demanda.

Adicionalmente, si el *ad-quem* quiso decir que tal reforma no era propicia para satisfacer el referido requisito porque sólo el pliego inicial podía tenerse en cuenta para ese efecto, también erró puesto que el mandato legal mencionado únicamente hace alusión a la radicación de la reclamación judicial de los aludidos réditos, que para el caso de autos fue la reforma.

Por último, no debe olvidarse que los intereses remuneratorios no quedan involucrados dentro del concepto de perjuicios, mientras que los que se suman para generar nuevos requieren que se trate de réditos de esta estirpe.

10.8. Como se desprende de la anterior síntesis, forzosa a efectos de dejar constancia de los planteamientos casacionales de Prounida, prontamente se evidencia innecesario para la Corte el estudio de tales inconformidades, en razón a que todas tuvieron el propósito de aumentar la condena que a favor de dicha convocante y en desmedro del Banco BBVA Colombia fue impuesta por los jueces de instancia.

Pero como dicho veredicto será revocado en su integridad, tras la absolución de la referida entidad bancaria que declarara esta Corte, según ya se anotó, por sustracción de materia no es necesario el análisis de los aludidos embates que en esta sede extraordinaria invocó Prounida Ltda.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Son puntos vedados para la Corte las pretensiones de las iniciales demandantes, a través de las cuales deprecaron la declaratoria ineficacia de las promesas de venta, por cuanto todas estas aspiraciones fueron desechadas por los juzgadores de instancia, sin que ese extremo procesal mostrara inconformidad, pues desistió del

recurso de apelación que incoó contra la sentencia de primera instancia.

2. Habida cuenta que los reproches casacionales prósperos tan sólo debilitan el fallo en relación con la responsabilidad que establecieron los jueces de instancia en contra del Banco de Caldas, y en la medida que la apelación propuesta por esta entidad financiera frente a la sentencia de primer grado se erigió en las mismas alegaciones planteadas ante esta Corte, en sede de instancia se dan por reproducidas las motivaciones expuestas precedentemente en el análisis de sus cargos.

Por consiguiente, la sentencia impugnada debe ser casada parcialmente y la Corte, como juez de segundo grado, la modificará exclusivamente en relación con la responsabilidad endilgada al Banco de Caldas y la condena a él impuesta, la que por ende revocará para, en su lugar, desestimar las pretensiones dirigidas contra tal entidad financiera.

3. En lo no contemplado en dicha modificación, permanecerá incólume la providencia reprochada.

4. Conforme lo previsto en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, se debe condenar en costas a los recurrentes extraordinarios perdedores, por lo que dicha sanción irá en contra de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA, Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA, Sucesores de José

Jesús Restrepo y Cía SA y Propaganda Sancho y Cía Ltda, y en favor de Prounida Ltda; así mismo se condenará a esta demandante en favor del Banco de Caldas, hoy BBVA Colombia.

Y en el señalamiento de agencias en derecho se tendrá en cuenta que hubo replica a las demandas de casación (art. 392 *ib*, modificado por el 19 de la ley 1395 de 2010).

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, **casa parcialmente** la sentencia dictada el 26 de enero de 2007, adicionada el 8 de junio siguiente, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente proceso, en relación con los numerales primero, cuarto, quinto, sexto y octavo de su acápite resolutivo; para, en su lugar, negar las pretensiones invocadas por la parte demandante frente al Banco de Caldas, hoy BBVA Colombia, e imponer condena en costas de primera y segunda instancia a favor de esta entidad y en contra de Prounida Ltda.

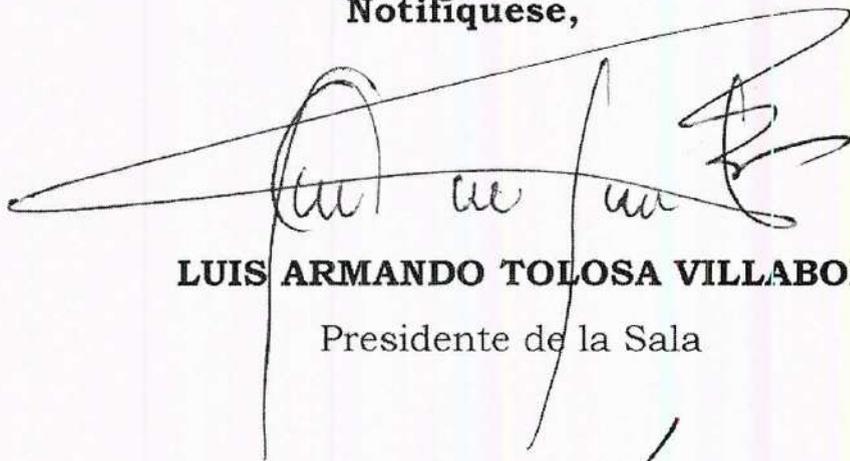
En lo demás, **NO SE CASA** tal determinación.

Se condena en costas por vía extraordinaria a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros SA, Compañía Agrícola de Seguros de Vida SA, Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía. SA y

Propaganda Sancho y Cía. Ltda., a favor de Prounida Ltda.; y a esta última también se le impone igual condena a favor del BBVA Colombia. Por secretaría inclúyase en cada liquidación la suma de \$6'000.000 por concepto de agencias en derecho.

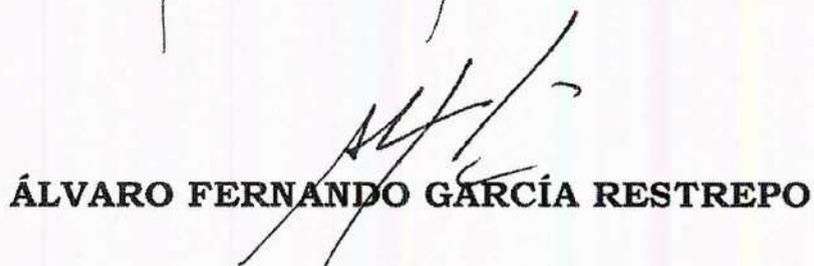
En su oportunidad, vuelva el proceso al despacho de origen.

Notifíquese,

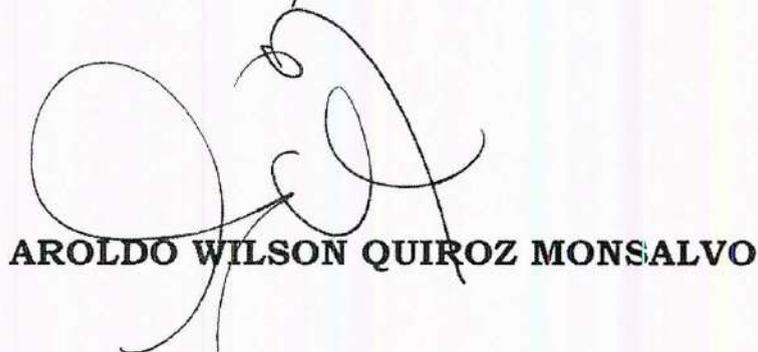


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de la Sala



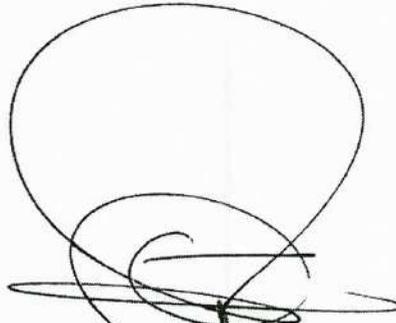
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

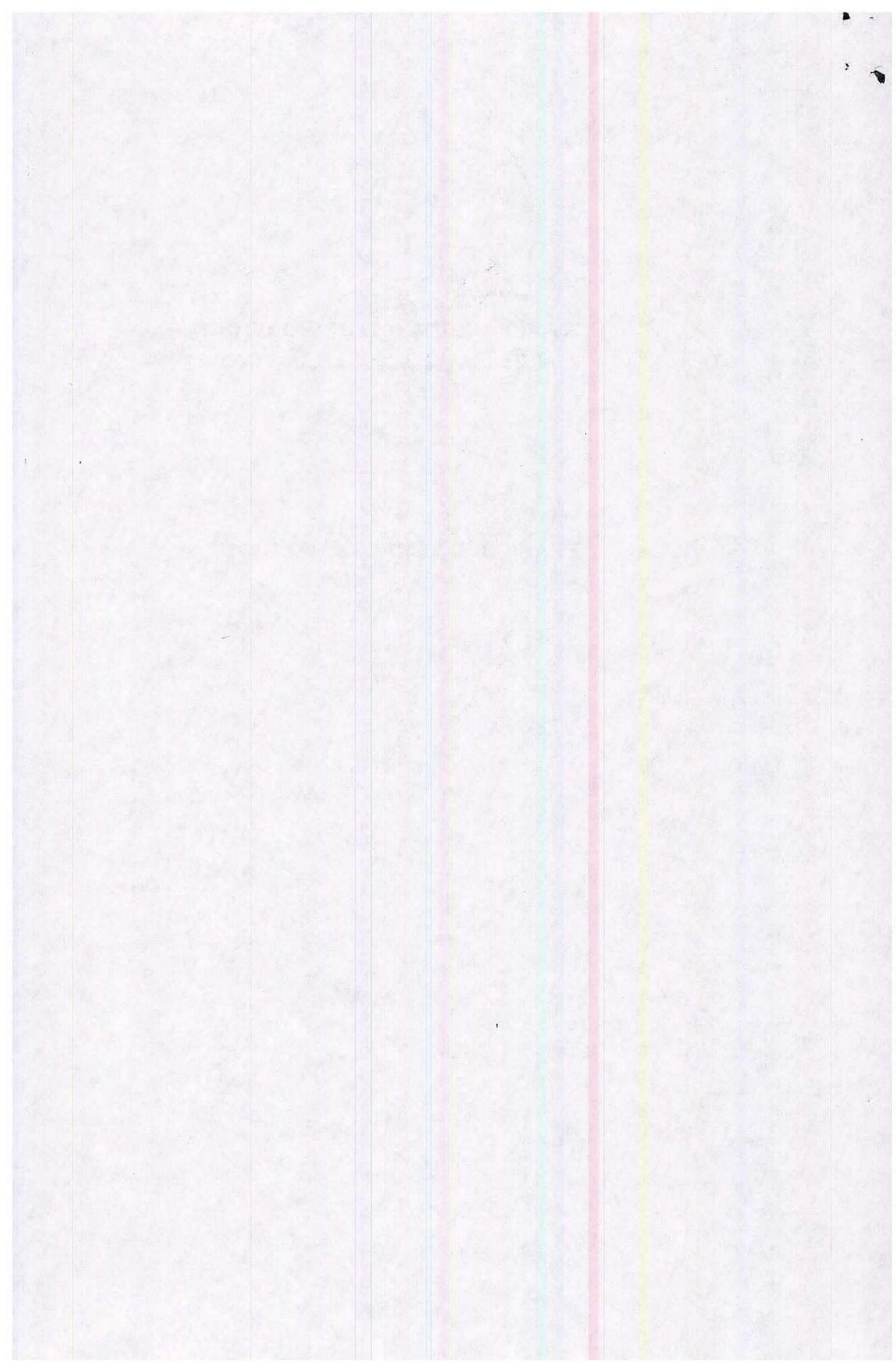


OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

*Con salvamento parcial de
noto.*



FRANCISCO TERNERA BARRIOS





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MAGISTRADO: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

RADICACIÓN 11001-31-03-010-1983-00507-01

Con el mayor respeto hacia los Magistrados que suscribieron la sentencia, me permito expresar los motivos de mi disenso respecto de la decisión en ella adoptada.

Mi discrepancia es parcial porque acompañé la decisión en cuanto no accedió a los reclamos de Prounida Ltda., la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Compañía Agrícola de Seguros S.A., Compañía Agrícola de Seguros de Vida S.A., Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía. S.A., y Propaganda Sancho y Cía. Ltda.

Empero, no comparto, ni puedo compartir, la premisa consistente en que el tribunal incurrió en un abultado yerro de *facto* cuando concluyó que el Banco de Caldas S.A., pagó de forma irregular los certificados de depósito, porque advierto que esa salida era jurídicamente probable, ya que a ella se podía llegar después de confrontar el actuar de esa entidad financiera con la carta de instrucciones que le fue proporcionada para cumplir el encargo fiduciario.

Nótese que ese instructivo contenía condiciones positivas y negativas, que, en cuanto a su nacimiento, exigibilidad y extinción, eran unas suspensivas y otras resolutorias, pues, al tratarse de una operación bursátil bastante compleja, era previsible que las partes pronosticaran varios posibles escenarios y, en cada uno, convinieran cuál sería la suerte de los recursos dados en custodia para que, dependiendo del desarrollo y resultado de la negociación, fueran pagados a cualquiera de ellas, según correspondiera.

Fue así como acordaron que esos dineros serían desembolsados a los promitentes vendedores, que eran los beneficiarios, si se daban las condiciones previstas en el numeral primero, a cuyo tenor:

“1.- Los títulos Nos. D-5862 y D-5860 serán entregados a los beneficiarios de los mismos cuando estos, le presenten al banco constancias escritas de la Comisión Nacional de Valores y de la Superintendencia Bancaria, respectivamente, en el sentido de que la primera autorizó la oferta pública en un mínimo de Diez y ocho millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos noventa y cuatro acciones (18.889.994) acciones del Banco de Caldas y de que la segunda aceptó que Prounida Ltda. y Coloca Ltda., adquirieran para sí las acciones mencionadas, o constancias de dichas entidades que no fueron presentadas por los compradores las solicitudes, o de que fueron presentadas en plazo diferente al pactado en el contrato celebrado el 4 de junio de 1982, o de que fueron presentadas sin el lleno de los requisitos exigidos por las normas vigentes”. (se resalta)

Sin embargo, también convinieron su posible entrega a las constituyentes, a modo de restitución, al indicar:

“2.- Los títulos mencionados serán entregados a Prounida Ltda., y Coloca Ltda., contra la presentación de constancia escrita de la

Comisión Nacional de Valores en el sentido de que negó la autorización de la oferta o de que la Superintendencia Bancaria en el sentido de que negó la autorización del negocio de adquisición de Diez y ocho millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientas noventa y cuatro acciones (18.889.994) acciones del Banco de Caldas por parte de Prounida Ltda. y Coloca Ltda. o de que oportunamente fue presentada oferta concurrente (se resalta).

En ese contexto, podía entenderse, como lo hizo el tribunal, que su entrega a los promitentes vendedores era dable sólo si la oferta pública de adquisición se concretaba a favor de las oferentes, que eran las promitentes compradoras; en cuyo caso, se debía esperar a conocer el resultado de esa operación, ya que la existencia de una «oferta concurrente» frustraba el negocio, al así haberse estipulado.

Pero esa comprensión no era excluyente de cualquier otra, porque también era factible deducir, como lo hizo la Corte, que el banco podía entregar los títulos a los promitentes vendedores si estos le presentaban constancias escritas de la Comisión Nacional de Valores y de la Superintendencia Bancaria, en el sentido que la primera había autorizado la oferta pública en un mínimo de dieciocho millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientas noventa y cuatro (18.889.994) acciones del Banco de Caldas S.A. y la segunda había aceptado que Prounida Ltda. y Coloca Ltda., las adquirieran.

Esta última interpretación era también posible porque las diversas condiciones estaban separadas por la palabra «o», partícula gramatical que funciona como conjunción

disyuntiva y que, según la Real Academia Española, «*expresa diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Puede tener valor exclusivo, es decir, si se dan dos opciones solo puede ser una y no las dos a la vez*».

Esa expresión lingüística, que se interponía entre las múltiples condiciones pactadas, permitía también colegir, en sentido opuesto a lo que vio el tribunal, que bastaba con que la oferta pública de adquisición fuera autorizada para que los promitentes vendedores pudieran reclamarle al banco la entrega de los depósitos siempre que le exhibieran las constancias escritas de que tal operación (la OPA) había sido permitida a favor de las promitentes compradoras, potenciales adquirentes de las acciones; con mayor razón, cuando las partes convinieron que esos rubros constituían «*arras penatorias*», pacto que denotaba su intención de que fueran entregados anticipadamente a sus beneficiarios.

Ante ese complejo panorama, dentro del *sub judice*, en la tarea de indagar por cuál fue, en verdad, el designio real de las partes, tanto el tribunal, en sede de apelación, como la Corte, ahora en Casación, exhibieron razones plausibles e hicieron esfuerzos argumentativos valederos tendientes a justificar sus tesis en torno al proceder del banco reprochado.

No obstante, como el primero obró en instancia y la realidad comercial, cual ya expliqué, admitía, cuando menos, dos interpretaciones posibles, creo que la Corte, situada en sede casacional, no podía echar por tierra la hermenéutica

de ese juzgador e imponer la suya, comoquiera que la solución confutada no revelaba la presencia de los desafueros denunciados o, al menos, estos no son palmarios.

Lo anterior sube de punto si se tiene en cuenta que la decisión cuestionada arribó a la Corte escoltada por una doble presunción de legalidad y acierto que no fue derruida por los ataques de la parte interesada en desmoronarla para hacer prevaler su particular postura, toda vez que, como anticipé, la tesitura del tribunal era jurídicamente viable al interpretar los términos de los contratos y, particularmente, la carta de instrucciones de la cual dependía, en cualquier caso, el pago de los títulos.

No desconozco que la casación, al ser un recurso extraordinario, tiene como fin prístino unificar la jurisprudencia nacional, es solo que pienso que ese designio, que le es connatural, se mantiene intacto en los casos en que, como el de ahora, el entramado negocial sobre el que versó la pendencia admitía más de una exégesis. Luego, si el juzgador de instancia se apoyó en una de ellas y justificó su silogismo de forma amplia y consistente, como así lo hizo, ello le cerraba la puerta al remedio excepcional, que, finalmente, se impuso, pues, en ese contexto, yerro no había o, al menos, no asomaba de bulto, ni brillaba con luz propia y menos con la intensidad que lo vio la Sala.

Tal modo de ver las cosas no ha sido ajeno a la Corte, pues, en CSJ SC 21 sept 1973, precisó que:

Si una determinada prueba admite dos o más interpretaciones diferentes, que no estén reñidas con la lógica acoger una cualquiera de ellas no entraña comisión de error manifiesto, desde luego que tal suceso no desacompasa con la realidad procesal y aunque en el sentir de la Corporación o del censor, la interpretación no acogida por el Tribunal o por el Juez fuese más ajustada a la lógica y consultara mejor los principios, el simple hecho de que la otra no sea arbitraria ni contraevidente sería bastante razón para que la Corte no pudiera variarla porque mientras no aparezca diáfananamente la arbitrariedad o la contra evidencia los juicios del Juzgador de segundo grado son así ciertamente intocables".

Eso mismo reiteró en CSJ SC 1º feb. 1994, rad. 4090, cuando explicó:

Siendo así las cosas se tiene que cuando el sentenciador saca de la prueba, al ponderarla, una conclusión razonable o lógica o que no choca abiertamente con lo que ella exterioriza, en este evento no se configura el yerro fáctico por carecer de la singular característica de ser evidente o manifiesto. Por consiguiente si un determinado suceso o hecho admite varias interpretaciones todas posibles acoger una de ellas no constituye un error evidente.

El anterior panorama me lleva a pensar que la decisión de la cual tomo distancia terminó por darle la razón al banco enjuiciado, a pesar que la posición del fallador de segundo grado, que lo halló responsable de amortizar de forma irregular los Certificados de depósito (CDTs), no se mostró alejada de la *sindéresis* que admitía el caso.

En compendio, como encuentro que la tesis del tribunal se acompasa con el instructivo entregado al fiduciario, aun cuando, según destaque, no era la única admisible, considero que no se dio el yerro de *facto*, que, por tergiversación probatoria, halló la Sala en la providencia de la cual me separo, o que, en el mejor de los casos, carecía de carácter protuberante o garrafal y por eso la decisión atacada

debía mantenerse incólume al no ser desatinada ni contraevidente.

Así debió ocurrir porque la casación, que no es proceso, está hecha para corregir dislates *in iudicando* e *in procedendo*, que sean palmarios y trascendentes, mas no para reexaminar la contienda y dar pábulo a una salida diferente a la adoptada en segunda instancia, por concluyente e incisiva que pueda llegar a ser, pues esto último contraría la esencia y el objeto de ese medio de control extraordinario.

En esos términos, dejo sentada mi inconformidad.

Fecha, *ut supra*.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a horizontal stroke at the bottom, positioned above the printed name.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Magistrado

