



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**

**Magistrado Ponente**

**SC4526-2020**

**Radicación n.º 11001 31 03 032 2012-00257 01**

(Aprobado en sesión virtual de veinte de agosto de dos mil veinte)

Bogotá D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por **Summacon S.A.S.**, contra la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015), en el juicio ordinario que promovió **Zuluaga y Cubillos Ltda.**

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA PRETENSIÓN**

El promotor pidió de la jurisdicción declarar la existencia *«del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN celebrado el día 2 de junio de 2006, y modificado mediante Otrosí de fecha 23 de junio de 2007»*, cuyo objeto era obtener y mantener la

*vinculación de CARLOS BECERRA y después de SUMMACON, empresa afiliada a la Cámara Colombiana de la Infraestructura, al "GRUPO PROMOTOR EDIFICIO CCI" en la ciudad de Bogotá, y mediante la gestión de Carlos Becerra, representante legal de SUMMACON EU (hoy SUMMACON S.A.S.) y Daniel Zuluaga representante legal de ZULUAGA CUBILLOS LTDA., alcanzar una participación en dicho proyecto»; «que de conformidad con la voluntad expresada por las partes en la cláusula sexta de dicho contrato, las utilidades o beneficios del negocio debían distribuirse únicamente en la misma proporción que los aportes dinerarios efectivamente realizados por cada uno de ellos, inicialmente al fondo o encargo fiduciario número 1201-2865 de FIDUOCCIDENTE registrado a nombre de la CCI y posteriormente en las cuentas del FIDEICOMISO 3-4-1925 EDIFICIO»; «que los aportes totales realizados a las cuentas del FIDEICOMISO 3-4-1925 EDIFICIO CCI por las partes integrantes del Contrato de Cuentas en Participación, en nombre del Fideicomitente SUMMACON ascendieron a la suma total de \$769.159.307, de los cuales ZULUAGA Y CUBILLOS aportó la suma \$727.115.287, que equivale al 94.53% del total»; «que de conformidad con lo pactado contractualmente para la distribución de utilidades y pérdidas, del total de los ingresos percibidos por el Fideicomitente Promotor SUMMACOM S.A.S, por concepto de utilidades, beneficios y reembolso de aportes, del Fideicomiso 3-4-1925 EDIFICIO CCI, que en total ascendieron a \$1.527.485.504, le corresponde al socio oculto ZULUAGA Y CUBILLOS LTDA, una proporción igual a la de sus aportes hechos a las cuentas del fondo, es decir la suma de \$1.443.473.801, que equivale al 94.53 % del total, por lo cual tiene derecho a recibir en la misma proporción las dos oficinas entregadas por el proyecto Edificio CCI, (708 y 709) junto con sus garajes y depósitos, así como un porcentaje equivalente del dinero recibido por esos conceptos».*

*Según lo anterior, reclamó «se declare que SUMMACON S.A.S, incumplió el contrato de cuentas en participación por las razones expresadas en los hechos de esta demanda, que se resumen en las circunstancias de haberse aprovechado de su condición de socio gestor*

*para apropiarse de bienes inmuebles y dineros que recibió como utilidades del fideicomiso CCI, los cuales contractualmente, le corresponden al socio oculto ZULUAGA Y CUBILLOS LTDA en razón del monto de sus aportes; y después tratar de justificar la indebida apropiación liquidando arbitrariamente el negocio para incluir como aportes suyos unos supuestos derechos y remuneraciones no pactados contractualmente, que denominó "Derecho aportado por SUMMACON SAS para incluir como participe a ZULUAGA Y CUBILLOS LTDA del negocio EDIFICIO CCI" por valor de \$200.000.000 y "La gestión de SUMMACON SAS dentro del proyecto y el manejo del negocio" por valor de \$160.000.000, para un total de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS (\$360.000.000)».*

Como consecuencia de lo anterior deprecó se impongan las siguientes condenas:

*«QUINTA Que se condene a SUMMACON S.A.S., a cumplir con El Contrato de Cuentas en Participación, distribuyendo las utilidades o beneficios del negocio en la misma proporción que los aportes dinerarios efectivamente realizados por cada uno de ellos al fondo o encargo fiduciario número 1201-2865 de FIDUOCCIDENTE registrado a nombre de la CCI, esto es 94.53% para ZULUAGA Y CUBILLOS LTDA., y 5.47% para SUMMACON S.A.S.*

*SEXTA.- Que se condene a SUMMACON S.A.S., a transferir y entregar a ZULUAGA Y CUBILLOS LTDA., todos los activos que haya recibido del patrimonio autónomo Fideicomiso 3-4-1925 Edificio CCI, y le correspondan al demandante según su porcentaje de participación, sean ellos bienes inmuebles o dinero efectivo, que equivalían en marzo de 2011 a la suma de CUATROCIENTOS CATORCE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y SIETE PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS, discriminados así: DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (\$19.336.824.41) por concepto de dinero en efectivo, del cual se apropió indebidamente, suma esta que deberá ser indexada hasta la fecha de pago, y TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO*

*MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS (\$395.231.313) representados en la Oficina 709 con los garajes 440 y 441 que SUMMACON S.A.S, se hizo escriturar de manera indebida, o las sumas que resulten probadas.*

*SÉPTIMA. - Que se condene a SUMMACON a pagar todos los gastos a que haya lugar por la transferencia de los activos que en virtud de la sentencia tenga que hacer a favor de ZULUAGA Y CUBILLOS.*

*OCTAVA.- Que se condene a SUMMACON S.A.S a pagar los perjuicios causados a ZULUAGA Y CUBILLOS LTDA por su incumplimiento, representados en los frutos de los inmuebles (Oficina 709 y garajes 440 y 441) los cuales estimo en la suma de CINCO MILLONES DE PESOS MENSUALES desde el día 4 de marzo del 2011, hasta la fecha en que se haga la entrega de los mismos, sumas estas que deberán ser indexadas, a la fecha de pago<sup>1</sup> » (reforma de demanda fls. 235-245 Cd 1).*

## **2. TRÁMITE DE LAS INSTANCIAS**

2.1. El litigio correspondió al Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, quien lo admitió a trámite el 8 de junio de 2012, ordenando el enteramiento de la convocada (n. 55 Cd 1).

2.1.1. Enterada SUMMACON S.A.S. se pronunció en diversa forma acerca de los hechos alegados y, ejerciendo su derecho de contradicción y defensa, formuló las excepciones de mérito que denominó: «*incongruencia de la demanda al negar la existencia o relevancia jurídica de hechos realmente ocurridos pero que no están consignados en el contrato de cuentas en participación*», «*(...) violación y desconocimiento del artículo 507 del Código de Comercio y de la condición de comerciante del demandado*», «*(...) desconocimiento en la demanda del mandato de los*

<sup>1</sup> La demanda inicial obra a folios 42-51.

*artículos 513 y 514 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 332, y 150 del mismo código», «desconocimiento de la demanda del artículo 666 del Código Civil» y «enriquecimiento sin causa» (fls. 132-153 Cd 1).*

2.1.2. Zuluaga y Cubillos Ltda. presentó sustitución del libelo (fl. 64 Cd 1) que fue aceptado el 19 de septiembre de 2012 (fl. 65 Cd 1), y posteriormente lo reformó (fls. 235-245 Cd 1), admitida ésta el 26 de agosto de 2013 (fl. 247 Cd 1), siendo oportunamente replicada por la interpelada, en similares y planteando las mismas defensas (fls. 248-268 Cd 1).

2.1.3. El 19 de junio de 2014 se definió la instancia, declarando la existencia del contrato de cuentas en participación entre las partes, el incumplimiento de Summacon S.A.S. Esta última fue condenada a *«reintegrar la suma de \$462.663.807,93 a favor de Zuluaga Cubillos Ltda. Se concede el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, para el pago de la suma de dinero mencionada, so pena de que se causen intereses a la tasa del 6% anual, sobre el anterior monto hasta el momento en que se efectúe su pago total»*, y negó el pago de perjuicios (fls. 543-555 Cd 1).

2.2. Correspondió a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dirimir la alzada impetrada por ambas partes, quien el 25 de marzo de 2015, dispuso modificarla, en los siguientes términos:

**•TERCERO: ORDENAR** a Summacon S.A.S. que transfiera y entregue a favor de Zuluaga y Cubillos Ltda., la oficina 709 y los parqueaderos 440 y 441 del Edificio CCI, a más tardar dentro de los 10 días siguientes a que cobre

*ejecutoria este proveído. Y en el mismo término, pague a Zuluaga y Cubillos Ltda. la suma de \$19'336.824,41, so pena de que se causen intereses a la tasa del 6% anual, sobre el anterior monto, hasta el momento en que se efectúe su pago total".*

**2º) REVOCAR** el ordinal Cuarto del fallo impugnado, de fecha y origen prenotados, y en su lugar, **SE DISPONE:**

**CUARTO: CONDENAR** a Summacon S.A.S. a pagar a Zuluaga y Cubillos Ltda. la suma de \$263.869.280, a título de perjuicios causados por los frutos de la oficina 709 y los parqueaderos 440 y 441 del Edificio CCI, suma actualizada a la fecha del presente fallo, que se debe pagar en el término de diez días, cumplido el cual se seguirá indexando hasta la fecha del pago".

**3º) CONFIRMAR** los ordinales primero, segundo y quinto de la sentencia apelada, de fecha y origen preanotados.

**4º) ORDENAR** el levantamiento de las medidas cautelares practicadas. Los oficios del caso deberán ser librados por el Juzgado a-quo» (fls. 62 -91 Cd Trib.).

2.3. Inconforme con lo así concluido SUMMACON S.A.S. interpuso casación, que fue admitida por esta Corporación. Agotado el trámite que le es propio es del caso resolver.

## **II. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

Comienza el Tribunal por afirmar la inexistencia de debate sobre la naturaleza del contrato verificado entre las partes. Y seguidamente, al revisar la alzada de la pasiva, memora el carácter colaborativo de aquella convención, que no necesita solemnidades en su formación, que «se rige por las condiciones propias del acuerdo convencional, apareciendo como

*único titular del negocio los gestores o partícipes activos y permaneciendo ocultos los demás participantes, quienes responderán limitadamente hasta el monto de su aporte, salvo que desaparezca su carácter velado de cara a los terceros, caso en el cual su responsabilidad será solidaria».*

Apuntó que es desacertada la afirmación de Summacon S.A.S. referido, a que *«tenía derecho a percibir una remuneración o contraprestación -a cargo de Zuluaga y Cubillos Ltda.- por la gestión y administración del negocio de cuentas en participación, sin importar si estaba o no pactada expresamente en dicho contrato, por constituir un elemento esencial y natural del mismo», a más que «no es dable afirmar que la retribución es un elemento esencial del contrato de cuentas en participación, pues de la definición contenida en el artículo 507 del Estatuto Mercantil nada así se desprende, de manera que una convención de este tipo puede existir sin pacto alguno acerca de contraprestaciones a cargo de una o varias de las partes involucradas, como en efecto sucede en el sub-lite. Tampoco es un atributo de la naturaleza del negocio, ya que no puede entenderse, sin más, ante el silencio de las partes, que de suyo esta convención de cooperación empresarial les imponga a ciertos estipulantes la obligación de asumir rubros no previstos en el acuerdo a favor de otros contratantes».*

Precisó que al ser *«un contrato colaborativo, en realidad no existe como tal una retribución a favor de los gestores del negocio que deba ser pagada por los contratantes inactivos, pues todas las partes del negocio "toman interés" en la ejecución de una o varias operaciones mercantiles determinadas, lo cual rompe el esquema tradicional de cualquier convenio de contraprestación».*

Sostuvo que *«la expresión "toman interés" utilizada en la definición del contrato de cuentas en participación (art. 507 C.Co.),*

*puede homologarse con la acepción "aportes" a que se hace referencia en materia societaria, de suerte que los contratantes pueden contribuir con dinero, bienes muebles, inmuebles e incluso con industria, para conseguir las finalidades prácticas de este negocio jurídico, claro está, siempre que ello se estipule expresamente en la convención».*

*Acotó el ad quem «que los artículos 150 y 332 in fine, regulan lo atinente a la distribución de utilidades entre los asociados colectivos y comanditarios a prorrata de sus cuotas y en la forma estipulada en el contrato, o en proporción a la parte pagada del valor nominal de la contribución de cada estipulante si en el negocio no se ha previsto válidamente otra cosa, y que solo a falta de mandato negocial acerca de la forma de repartición de los beneficios se le cancelará previamente a los gestores, a quienes se les amortizará el aporte de industria hecho sin estimación de su valor, por el equivalente a la mayor participación de capital».*

*Tras examinar las estipulaciones del trato que se examina aseveró, que «[A]nalizadas con rigurosidad, de forma individual, en conjunto y unas por otras las anteriores declaraciones de voluntad, no queda duda en cuanto a que los contratantes acordaron aportar al "fondo común" dinero y nada más que eso, pues el interés que tomaron los contratantes al suscribir el "acuerdo de cuentas en participación" y su correspondiente "otro sí", fue el de invertir capitales en el patrimonio autónomo a través del cual se desarrollaría el proyecto Edificio CCI a fin de percibir beneficios de orden económico traducidos en oficinas, parqueaderos y rendimientos, sin que se haya estipulado expressis verbis que Summacon S.A.S. como partícipe activo contribuiría a dicho negocio jurídico con un aporte de industria sin estimación de su valor, o con un "bien incorporal", "en especie", distinto al dinero.*

*Además, en el mencionado contrato de cuentas en participación se estipuló la forma en que se repartirían las utilidades y las pérdidas, de manera que en el sub examine no tiene cabida la parte final del artículo 332 del Código de Comercio, ni el parágrafo del artículo 150 ibidem, pues se trata de normas supletorias cuya aplicabilidad pende del comportamiento silente de las partes sobre estos puntos».*

A continuación razonó, que en el sub examine no hubo pacto referente a un aporte de industria o "bienes incorporales" diferentes del dinero, que impongan la obligación de retribuirlo. Se debe entonces estarse a lo plasmado en el contrato «y no a los preceptos de carácter supletorio cuya aplicación pide la parte demandada», lo que en nada afecta el ánimo de lucro que caracteriza a las sociedades comerciales u origina enriquecimiento sin justa causa de Zuluaga y Cubillos Ltda., «dado que a Summacon S.A.S. se le pagó la utilidad a la que tenía derecho conforme al monto de dinero por ella invertido en el negocio, y la sociedad accionante, de igual forma, debía obtener una proporción de beneficios igual a la del capital dispuesto para participar en el proyecto Edificio CCI, y no una menor, de modo que su reclamación sí tiene una causa legal de orden contractual».

Recalcó así, que «cuando Summacon S.A.S. gestionaba los recursos invertidos en el fideicomiso 3-4-1925 Edificio CCI, empujaba los suyos y al mismo tiempo -sin esfuerzos adicionales- los de Zuluaga y Cubillos Ltda. -característica propia de los convenios de colaboración empresarial-, de suerte que no puede escindir-se dicha actividad para cobrarle dineros por este concepto a la demandante, dado que, repítase, en el "acuerdo de cuentas en participación" o en su "otro sí" no se fijó que la participante visible obrara como mandataria comercial del partícipe inactivo u oculto, ni que dicha labor constituiría aporte en industria».

Se explicó que no es dable aseverar un aporte en especie por la membresía de asociado a la Cámara Colombiana de Infraestructura, al no constituir esta propiedad industrial, y de tenerse como intangible con valor económico debió haberse establecido "*expresamente*" como una participación efectiva *«Y como nada así se estipuló en el negocio jurídico celebrado entre las partes, no es posible considerarlo una contribución cuantificable en manera alguna en el contexto de la relación negocial surgida y sostenida a lo largo de toda su duración»*.

De cara a la inconformidad planteada por la accionante, por lo reconocido en la sentencia, apoyado en el texto del contrato, coligió que *«le asiste razón a la parte demandante en su censura, pues lo que primeramente debió disponerse -en tanto ello sea posible-, conforme se solicitó en la pretensión sexta de la demanda reformada (f. 237, ib.) y en atención a las estipulaciones del prenotado negocio jurídico de fiducia, fue la transferencia y entrega a favor de Zuluaga y Cubillos Ltda. de los bienes inmuebles cedidos a Summacon S.A.S. a título de beneficios fiduciarios, dado que de acuerdo con la participación dinerada en el contrato suscrito entre ellas, a la primera le correspondía el 94.53% de las utilidades y a la segunda tan solo el 5.47%, cifra esta última que fue incrementada por la demandada al 33.21%, de forma indebida, unilateral y con sustento en aportes no convenidos, como ya se expusiera con antelación»*. Y, atendiendo las evidencias arrojadas, concedió un valor superior al que allí se dispuso.

Adicionalmente, en lo concerniente a los perjuicios denegados, por ausencia de demostración, expresó que en

la demanda se hizo el juramento estimatorio que no fue objetado y que, si bien es deber del juzgador evaluar el mismo, del estudio de lo denunciado por Zuluaga y Cubillos Ltda., se extrae, que no es "irrazonable o exagerada", por lo que accede a dicha pretensión de «condenar en perjuicios a la sociedad demandada en la suma de \$263.869.280».

### **III. LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Se formularon cuatro (4) cargos contra lo definido por el Tribunal de los cuales, por auto AC7801-2016 de 16 de noviembre de 2016, sólo se admitieron a trámite dos (2), fundados en la causal primera del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, a los cuales se contraerá este pronunciamiento (fls.57-69 Cd Corte).

#### **CARGO TERCERO**

Acusó el fallo de violar «en forma directa, por interpretación errónea, los artículos 508, 332 y 150 en coherencia con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 20, 15, 19, 22, 871, 513 y 514 del C. de Comercio y 1501 y 1603 del C. Civil y, por falta de aplicación del Preámbulo Constitucional en cuanto reclama que toda decisión judicial debe ser "JUSTA", carácter que les da legitimidad, y del artículo 8o (prohibición del enriquecimiento sin justa causa) de la Ley 153 de 1887».

Cuestionó, en lo medular, que el tribunal no respaldó su postura, en cuanto a recibir una remuneración por el aporte de la membrecía y la labor ejercida para los intereses del contrato.

Pregonó que el Colegiado incurrió en error de valoración normativa *«al considerar que según el artículo 508 la modalidad de dicho interés siempre debe estipularse "expresamente" en la convención escrita, requisito extraño a la norma... textura que para nada exige tal elemento, pues ella solo se refiere a las condiciones del acuerdo de los partícipes, pero, nunca, jamás, a que tal acuerdo debe ser estipulado expresamente, pues como se tiene de los artículos 507, 508 y 509 del estatuto mercantil, tal convenio es eminentemente consensual, ajeno a cualquier tipo de solemnidades y menos ad substantiam actus y que no se constituye como persona jurídica».*

Se ocupó de las referencias hechas por el tribunal a los artículos 513 y 514 150 y 332 del Código de Comercio apuntando que este no observó, que *«en la aplicación de dicha textura, que en el caso en concreto, SUMMACON S.A.S. y Carlos Becerra su representante legal, tomaron en la ejecución del contrato dos tipos de interés, a saber: por un lado, aportaron capital-dinero y, por otro, aportaron en especie, industria y trabajo en pro del mejor éxito del negocio, acertando o aplicando debidamente el artículo en lo que respecta al primero (dinero), pero interpretándolo erróneamente en lo que se relaciona con el segundo, esto es, con el aporte de industria y trabajo, que no fue estimado en su valor en la convención, por lo cual, según el párrafo del art. 150, debía ser remunerado con **"...el equivalente a la mayor participación de capital"**, resultando de esa manera Infringidos los artículos en cita, en particular el referido párrafo, *textura normativa que a pesar de transcribir el Tribunal a folio 17, resultó erróneamente interpretada».**

Continuó expresando que, *«[a]l no remunerarse los aportes diferentes al dinero que realizó Summacon SAS, el Tribunal infringió los artículos en cita, así como el Preámbulo Constitucional y los artículos 2o y 25 Superior, al (i) proferir sentencia alejada por completo del carácter*

*"JUSTO" que la Carta reclama a cualquier decisión judicial, careciendo por consiguiente de cualquier legitimidad y (ii) al no brindar la protección judicial que merecían los derechos de CARLOS BECERRA (SUMMACON) derivados no del aporte en dinero sino del aporte de la membresía y de la dedicación y trabajo, labor que a pesar de no ser una relación laboral dependiente también merecía "especial protección" constitucional según lo prescribe el art. 25 Superior».*

Ratificó la incursión en *"errónea interpretación normativa"* del artículo 507 del Estatuto Mercantil, tomando como base las argumentaciones expuestas, de que *"si se aceptara que la remuneración es un elemento de la esencia o de la naturaleza del negocio de cuentas en participación, este podría convertirse o adoptar de entrada el ropaje de un contrato de mandato comercial..." (F. 17) y que por consiguiente, la retribución "... rompe el esquema tradicional de cualquier convenio de contraprestación..."*, en los que, dijo, *"no existe como tal una retribución a favor de los gestores del negocio que deba ser pagada por los contratantes Inactivos..."* », a las que se contrapone diciendo, que constituye *«errónea inteligencia que no es fiel a la real intención del legislador ni a la textura de las normas en cita y mucho menos al carácter "JUSTO" que la Constitución reclama desde su Preámbulo a cualquier decisión o conclusión judicial».*

*«Porque según la errada Interpretación del Tribunal, si se hace aporte en Industria y los contratantes no dicen "expresamente" que será remunerado, tal silencio es sinónimo de GRATUIDAD, lo que es inaceptable por abiertamente Injusto e ilegal más cuando se trata de una actividad mercantil, errado criterio que lleva únicamente a legalizar el enriquecimiento injusto de uno a costa del trabajo, del empobrecimiento y del desconocimiento de los derechos del otro contratante».*

Insistió en que *«por ello, que ante el silencio de las partes, el legislador estableció la fórmula para retribuir tal aporte (Parágrafo del art. 150 del C. de Cio), precepto del cual se tiene que la remuneración para los gestores si bien no es un elemento esencial del CCP si es a voces del artículo 1501 del C. Civil un elemento de su naturaleza, pues sin pacto expreso de las partes, se entiende que le pertenecen o que le son propias al contrato, resultando evidente la errónea interpretación normativa que hicieron los Magistrados del artículo en cita para tratar de justificar su posición de que era necesaria una cláusula expresa que dijera que el trabajo o dedicación de SUMMACON-CARLOS BECERRA a la exitosa ejecución del contrato, debía ser remunerada, y que al no existir esa cláusula expresa, no tiene derecho a ninguna remuneración, criterio ilegal en el que brilla la absoluta injusticia».*

Como punto final expuso, que *«erraron los Magistrados al considerar que en los convenios de contraprestación "no existe como tal una retribución a favor de los gestores del negocio que deba ser pagada por los contratantes Inactivos...", pues la realidad normativa lo que demuestra es que en esos eventos y en el caso en concreto dicha retribución no es a cargo de los contratantes inactivos sino a cargo del propio negocio y de sus utilidades, las que fueron alcanzadas, en primer lugar, por la membresía que tenía SUMMACON al ser afiliado a la CCI y, en segundo, por el trabajo o dedicación del gestor, derechos que la actora y la sentencia recurrida consideran debían ser aportados en forma gratuita y que, por ello, no merecen retribución alguna. SI así fuera, que en justicia no lo es, el CCP sería un instrumento válido para el enriquecimiento injusto de los contratantes Inactivos y de empobrecimiento sin causa para los gestores. Ese no fue el fin del legislador ni del CCP».*

#### **CARGO CUARTO**

Basado en la causal primera del canon 368 del Código de Procedimiento Civil acusa la violación indirecta por error de hecho, de «los artículos 50832, 33233 y 150 en conexión con el 1o, 2o, 22, 507, 513, 514, 86334, 87135 y 87236 del C. de Comercio y, todos ellos, en coherencia con el Preámbulo Constitucional<sup>37</sup> en cuanto reclama que toda decisión judicial debe ser "JUSTA", carácter que le da legitimidad, y con lo dispuesto en los artículos 1501 y 1603 del C. Civil y 8o de la ley 153 de 1887».

Los presuntos yerros surgen « (i) Por la apreciación indebida del contrato de cuentas de participación y su "otro sí" (fs. 2 a 7) y (ii) por falta de apreciación las siguientes: (ii1) del documento e-mail obrante a folio 104, de fecha 28-09-2008, que no fue tachado ni redarguido de falso y, (ii2.) el peritaje que obra a folio 123 a 131 del informativo, efectuado por la firma GERMAN BAZZANI DUARTE E HIJOS LTDA, a los aportes distintos a dinero realizados por SUMMACON - CARLOS BECERRA, que avalúo en \$1.000' 000.000, allegado con la contestación a la demanda, prueba que no fue objetada por la actora».

Sustenta la indebida interpretación del contrato, en esencia, en que el tribunal realizó una interpretación parcial del mismo desconociendo que Summacon S.A.S tenía derecho a recibir un pago por «los aportes efectivamente realizados», tanto en dinero como en la gestión que realizó y la entrega de su condición de miembro de la Cámara Colombiana de Infraestructura (CCI), siendo «contrario a las pruebas y a la ley la conclusión del Tribunal según la cual, como no se pactó ningún aporte en industria ni en especie, ello significa que estos aportes son inanes para el reparto de los beneficios o utilidades del contrato, criterio que resulta errado por dejar de lado la realidad surtida no solo en la celebración sino también en la ejecución del contrato, de donde brota que el gestor hizo aportes diferentes a dinero

*para el fondo común, esto es, en trabajo y dedicación al éxito del negocio y aportando la membrestía».*

Anotó que «[E]l Tribunal erro gravemente al concluir que no se pactó aporte en Industria y especie en el contrato de cuentas en participación, cuando las cláusulas 1a, 3a y 11a del convenio, demuestran nítidamente lo contrario», ya que «concluir que como no se pactó expresamente alguna remuneración para el gestor por sus aportes distintos a dineros, éste no tiene derecho a ella, no es más que un exabrupto jurídico por dejar de lado que ante el silencio de las partes, entraba a jugar la voluntad legislativa contenida en el parágrafo del art. 150 del C. de Cio, ya transcrito, norma que no exige el pacto expreso que reclamaron ilegalmente el Tribuna[l], más cuando también es equivocado decir que la remuneración del gestor no es ni de la esencia ni de la naturaleza del CCP, criterio que choca de manera directa con la naturaleza del CCP celebrado: mercantil, consensual, bilateral, oneroso y no gratuito, a menos de que así se pacte, que no es el caso. La errada conclusión del Tribunal igualmente desconoce el artículo 507 del C CO., que dispone que el partícipe activo debe "ejecutar" las "operaciones mercantiles" respectivas "en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo a rendir cuenta y **dividir con sus partícipes** las ganancias o pérdidas en la proporción convenida» (negrillas y subrayas del texto).

Es este aparte, cuestionó también la condena en perjuicios que impusiera el Tribunal, dando por hecho que la Oficina 709 y los garajes 440 y 441 de haber estado en poder del actor hubieran estado arrendados, sin ver que ningún inmueble permanece en arriendo todo el tiempo, siendo de conocimiento público que «*tienen temporadas desocupadas en las que obviamente, no produce cánones, por lo que dicho concepto carece de fundamento*» y sin tener «*en cuenta las*

*erogaciones y mejoras que constantemente debe efectuarle el arrendador para mantener la cosa arrendada».*

Aseguró que no se valoró el e-mail obrante a folio 104, en donde Zuluaga Cubillos Ltda., reconociendo esa participación no dineraria le ofrece \$100.000.000,00, *«ofrecimiento (actuar contractual) que no deja duda alguna acerca de que entre los contratantes siempre existió la creencia y la voluntad de que el trabajo o gestión de Becerra debía ser remunerado, remuneración sobre la cual no se pusieron de acuerdo, sin que de ello pueda extraerse, como erradamente lo hizo el Tribunal, que debía ser gratuita y en el solo beneficio de la actora, por lo cual la demandada no tenía derecho a recibir ninguna contraprestación a su trabajo y gestión».*

Respecto de la no apreciación del *«peritaje que obra a folios 123 a 131 del informativo, realizado por la firma GERMAN BAZZANI DUARTIE E HIJOS LTDA, a los aportes distintos a dinero efectuados por SUMMACON - CARLOS BECERRA. que avalúo en \$1.000 '000.000, allegado con el escrito de contestación a la demanda, prueba que no fue objetada por la parte actora»* adujo que *“no hay duda alguna que SUMMACON - CARLOS BECERRA además del aporte dinerario hizo aportes en industria y en especie para el CCP y no para ZULUAGA Y CUBILLOS LTDA, aportes que fueron reales pues implicaron (i) el trabajo del partícipe activo ante la CCI y otras diligencias, y (ii) el aporte en especie consistente en la entrega del derecho a participar en el proyecto EDIFICIO CCI, sin el cual, el contrato de cuentas en participación no hubiese podido cumplir con su objetivo, y obvia, lógica y claramente no pueden ser tenidos como una donación, esto es, como aportes gratuitos que no merecen utilidad alguna. »*

Agregó que *«estos dos derechos fueron valorados por perito en \$1.000'000.000, prueba que resultó invalorada totalmente, error que es*

*manifiesto, pues para calcular las utilidades de un contrato, es necesario que se consideren todos los costos y aportes y, la sentencia impugnada, como ya vimos, omitió considerar los aportes que acaban de mencionarse».*

*Insistió en que «de las referidas cláusulas 1a, 3a y 6a del contrato, especialmente las del celebrado en junio del 2007 que modificó las condiciones iniciales pactadas en el documento de junio de 2006, se tiene que para el cálculo de las utilidades 'que resulten del ejercicio de la asociación', se fijaron reglas diferentes a la establecidas para el cálculo de las pérdidas del contrato».*

*Arguyó que «por la invaloración del peritaje, unida a los defectos de valoración del CCP, el Tribunal incurrió en los siguientes errores: (i) entender que de acuerdo con el CCP tanto las pérdidas como las utilidades se deben pagar de acuerdo con la cantidad de dinero entregada al fondo común, cuando esta regla opera solamente para la distribución de las pérdidas y no para la distribución de las utilidades, las cuales serán "proporcionales" "a los aportes efectivamente realizados"; y tales aportes, al no ser cualificados como en dinero, podrán serlo en dinero, en industria y en especie y, (ii) considerar que existe identidad entre el "fondo común" y el "CCP", porque asumir que las reglas del fondo son las mismas reglas de la totalidad del CCP y, entender que, como el fondo solo admite aportes en dinero, por lo cual el CCP solo admite los aportes en dinero, es un grave error, tanto más cuando que esto último no lo dice el contrato, el cual, expresamente dispone lo contrario al aceptar que las utilidades serán proporcionales "a los aportes efectivamente realizados"».*

*Aseguró que «[T]odos estos errores de hecho, los cuales son manifiestos, condujeron al Tribunal a valorar indebidamente las pruebas referidas, en particular, el CCP, para lo cual falseó su real y jurídico contenido y su real y jurídica objetividad y lo que ella revela,*

*para, sobre ello, inaplicar las normas citadas a páginas 18 y 20 del fallo, entre otras, los artículos 513, 514, 150 y 332 del C. de Comercio y los demás referidos en el cargo, concluyendo equivocadamente que como en el CCP se reguló lo atinente al pago de las utilidades derivadas de los aportes en dinero, hubo una absoluta regulación del tema y que por ello el aportante en industria (SUMMACON EU) no tiene derecho a que se aplique en su favor la disposición del artículo 150 en cita. En otros términos, no aceptó la sentencia, con violación de los citados artículos, que no habiéndose estipulado contractualmente valores para los aportes en industria y especie del GESTOR, correspondía al Juez y a los Magistrados fijarlos de acuerdo con los parámetros de tales cánones».*

### **CONSIDERACIONES**

1. Por la data de interposición de esta opugnación extraordinaria, las reglas llamadas a gobernar su resolución son las del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo previsto en los artículos 624 y 625 del Código General del Proceso, en virtud de los cuales los recursos «se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron».

2. El recurrente sostiene que le asiste derecho a que se le reconozca una retribución por la aportación de la gestión que desarrolló y la membresía como miembro de la Cámara Colombiana de la Infraestructura, que aportó para emprender el contrato de cuentas en participación que ajustó con Zuluaga y Cubillos Ltda., lo que genera que la pretensión de este carezca de causa, o no tenga prosperidad, por cuanto la liquidación practicada se ajustó

a lo legal, pidiendo casar el fallo para en su lugar negar las pretensiones 2 a 9.

Tal planteamiento, lo conduce a pregonar la existencia de infracción directa e indirecta de las normas acusadas como se reseñó en precedencia.

Se hace, por consiguiente, indispensable que la Sala detenga su atención en el examen de cada uno de aquellos supuestos que permitan determinar, si en realidad del modelo negocial objeto de controversia y del escrutinio del material que se dice indebida o no apreciado posee la contundencia de demostrar evidente y manifiestamente la equivocación que se enrostra al sentenciador.

3. Son partes del contrato de cuentas en participación el denominado "*participe gestor*" y el "*participe inactivo*", quienes tienen funciones y obligaciones claramente definidas.

3.1. En lo que hace al **gestor** le compete realizar las operaciones del contrato en que han tomado interés, con el empleo de la diligencia y cuidado ordinarios, «*en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida*» (art. 507), quien no podrá disponer de la empresa sin autorización de los demás partícipes.

Entre las funciones propias del gestor podrían enunciarse las de llevar la contabilidad, expedir facturas,

pagar impuestos, presentar a los socios los estados contables, preparar y presentar las liquidaciones parciales y definitivas cuando ello corresponda.

3.2. El **participe inactivo** es quien coopera patrimonialmente. En armonía con la condición de "*participe oculto*", a este le está vedado efectuar actividades relacionadas con la administración del negocio ante terceros.

3.3. De esa clara diferenciación de roles de los partícipes, el legislador fija las relaciones que de esta convención emanan, tanto de ellos entre sí como frente a terceros.

3.3.1. El gestor está obligado a rendir cuentas de su gestión al *participe oculto*, quien en cualquier tiempo *«tendrá derecho a revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuentas de su gestión»* (art. 512), y a todo aquello que se derive de la clase de actos o actividades para el cual se concretó, respondiendo por la culpa derivada de la falta de cuidado y diligencia.

Salvo las modificaciones resultantes de las cualidades jurídicas de la participación, ella producirá entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí (art. 513).

3.3.2. En las relaciones jurídicas con terceros, como se vio, al actuar el gestor como único dueño y ejecutor de las operaciones, es el llamado a entenderse con estos y, en virtud de ello, adquiere en su nombre derechos y obligaciones.

3.4. Por estas circunstancias, el gestor compromete su responsabilidad de forma ilimitada, teniendo los terceros acción solamente en su contra y no frente al participe inactivo, mientras permanezca oculto, quien de su parte responde exclusivamente hasta el valor de su aportación, salvo el evento de salir del anonimato, porque de darse esta situación responderá solidaria e ilimitadamente ante terceros.

3.5. Esta Corporación ha manifestado, que *«[L]a asociación: no es una persona jurídica; por lo mismo, ella no tiene domicilio social, carece de patrimonio propio, distinto del patrimonio de los asociados. El gestor es reputado único dueño del negocio, en las relaciones externas que produce la participación. Los derechos respectivos de los asociados se determinan por el contrato. Cada uno de ellos debe, como en toda sociedad, hacer un aporte y obligarse a contribuir a las pérdidas que puedan resultar de las operaciones sociales, por lo menos hasta concurrencia de la aportado»* (CSJ SC de 10 de jun. de 1952).

4. Se cuestiona la decisión del Tribunal, básicamente, por no avalar la participación que de las utilidades fijó Summacon S.A.S. en la liquidación del contrato de cuentas en participación que celebró con Zuluaga y Cubillos Ltda., en la cual incluyó unos valores por la membresía de

vinculado a la Cámara Colombiana de la Infraestructura y la gestión que desplegó para el éxito de la operación.

Empero, bien temprano se advierte la insuficiencia de las acusaciones, al olvidar el recurrente que la súplica extraordinaria no constituye una instancia adicional dentro de la cual pueda de manera indiscriminada formular reparos contra la decisión impugnada. Como se sabe, el casacionista está llamado a desvirtuar la presunción de legalidad y acierto con que la misma viene precedida. Su laborio deberá enfilarse a demostrar los errores de juicio o de actividad constitutivos de las causales específicamente previstas en la ley, en los que hubiese incurrido el sentenciador, labor que, por supuesto, debe abordar con meticoloso apego a las exigencias formales o de técnica consustanciales al recurso

4.1. Como se sabe, la censura podrá enfilarse por violación directa o indirecta de normas sustanciales. Respecto de la primera -por violación directa- se ha afirmado lo siguiente: *“cuando el sentenciador se equivoca en la aplicación del derecho material que concierne al asunto objeto del litigio, no obstante haber constatado correctamente la realidad fáctica”* (CSJ SC de 25 de feb. de 2002 Rad. 5925). Esto es, el funcionario aplica una disposición que no es pertinente, o que a pesar de ser la que regula el caso le da unos efectos distintos de los que de ella dimanar, o los restringió o amplió de tal manera que distorsionó los alcances ideados por el legislador. Sin que le sea dado al recurrente adentrarse en cuestionamientos de tipo fáctico, pues en

este supuesto se presupone la conformidad del recurrente con las conclusiones probatorias del juzgador.

Acorde con lo mismo, ha sostenido la Corporación que, *“cuando el ataque en casación se funda en la causal que se comenta, compete al recurrente centrar sus juicios exclusivamente sobre los textos legales que considere inaplicados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados, prescindiendo de cualquier consideración que implique discrepancia con las apreciaciones fácticas del fallador, cuestión esta que sólo puede abordarse por la vía indirecta de la misma causal”*. (CSJ SC feb. 18 de 2004. Rad. n°. 7037, reiterado en SC de oct. 3 de 2013, rad. n° 2000-00896).

4.2. También podrá acusarse por trasgresión de manera indirecta, en la cual se confutará al enjuiciador la defectuosa verificación que hace de los hechos, a través del examen de las pruebas aducidas para formar su juicio. Lo que conlleva el desacato de las normas sustanciales. Vulneración que se puede dar por errores de hecho o de derecho.

Se presenta error de hecho 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»* (SC 1853-2018 de 29 de mayo de 2018, rad. 2008-00148-01). Es decir, el recurrente tendrá que particularizar cuáles fueron los hechos que el Tribunal dio o no por acreditados y los instrumentos

probatorios que fueron indebidamente apreciados, no valorados o alterado su contenido, de donde refulja la equivocación en que incurrió el sentenciador, individualizando las apreciaciones equivocadas, y señalando de manera precisa en qué consistió la desviación y la trascendencia de la misma, al punto que de no haberse presentado hubieran variado ostensiblemente la decisión.

Ha repetido la Sala que la carga de demostrar el error de hecho recae exclusivamente en el censor. No obstante, *«esa labor no puede reducirse a una simple exposición de puntos de vista antagónicos, fruto de razonamientos o lucubraciones meticulosas y detalladas, porque en tal evento el error dejaría de ser evidente o manifiesto conforme lo exige la ley»*. (CSJ SC, 15 jul. 2008, Rad. 2000-00257-01; CSJ SC, 20 mar. 2013, Rad. 1995-00037-01, AC5337-2017 de 23 de agosto de 2017, Rad. 2007-00154-01)

En proveído CSJ AC, 14 abr. 2011, rad. n° 2005-00044-01 remarcó, que cuando se acusa la violación indirecta de la ley sustancial por *«error de hecho»*, es imperativo que el recurrente en casación, *«(...) 'más que disentir, se ocupe de acreditar los yerros que le atribuye al sentenciador, laborío que reclama la singularización de los medios probatorios supuestos o preteridos; su puntual confrontación con las conclusiones que de ellos extrajo -o debió extraer- el Tribunal y la exposición de la evidencia de la equivocación, así como de su trascendencia en la determinación adoptada' (...)*».

Cuando se acuda a la causal primera de casación, sea que la crítica se perfile por la vía directa o indirecta, no es

suficiente con invocar los preceptos a los que se hace referencia, sino que deberá el recurrente evidenciar la manera como el *ad quem* las transgredió.

4.3. El cargo tercero se imputa la contravención directa de normas sustanciales, que no cumple con las exigencias técnicas: se cuestionan aspectos probatorios -lo que es ajeno a esta modalidad-.

Obsérvese que el Tribunal amparado en la conceptualización del contrato de cuentas en participación y su carácter colaborativo, consideró que no es de la esencia de éste la "*retribución*" -el pago que se da a alguien por la realización de un trabajo o servicio-, ni de su naturaleza *«ya que no puede entenderse sin más que ante el silencio de las partes, que de suyo esta convención de cooperación empresarial les imponga a ciertos estipulantes la obligación de asumir rubros no previstos en el acuerdo a favor de otros contratantes»*.

Así mismo afirmó que, en lo que hace al reparto de utilidades y pérdidas *«no tiene cabida la parte final del artículo 332 del Código de Comercio, ni el parágrafo del artículo 150 ibídem, pues se trata de normas supletorias cuya aplicabilidad pende del comportamiento silente de las partes sobre estos puntos»*. Silencio que en el *sub-lite* no halló presente.

Sin embargo, los reparos todos se enderezan a cuestionar que el Tribunal de una forma injusta no reconociera el derecho de Summacon S.A.S. a percibir una

retribución por la membresía y la gestión ante el Comité Coordinador.

Se pregona igualmente que se incurrió en error en la valoración normativa, al inferir el colegiado que Summacon S.A.S. *«no tiene derecho a ninguna retribución por la membresía, así como tampoco por su trabajo, lo cual llevó a la obtención de ingentes ganancias»*. Y en esa dirección, achaca una indebida interpretación de los artículos 150 y 332 del Código de Comercio cuando, en precisión, la Colegiatura estimó que esas disposiciones eran inaplicables, de suerte que no podría interpretarse inadecuadamente una norma que se dijo no estaba llamada a actuar en la definición del caso.

Hay también desenfoque, porque se indicó que el Tribunal sostuvo, que *«si se hace aporte en industria y los contratantes no dicen "expresamente" que será remunerado, tal silencio es sinónimo de gratuidad»*, cuando esto no se ajusta a la argumentación de la sentencia, toda vez que lo verdaderamente anotado fue, *«que no existió pacto alguno entre los enfrentados acerca de que Summacon S.A.S. aportaría, o tomaría interés en invertir industria o "bienes incorporales" diferentes al dinero para desarrollar y cumplir el objeto del contrato de cuentas en participación, por lo que ninguna "remuneración" o "contraprestación" puede obtenerse con fundamento en estos conceptos y; de otra parte, que en el convenio se estipuló claramente el modo de distribución de las menguas y beneficios contractuales, de manera que ha de estarse a lo estipulado por los contratantes al respecto»*.

Súmese a esto que, si el cuestionamiento no recae puntualmente en la interpretación contractual, sino las

circunstancias o elementos que rodearon aquel arreglo, siendo controvertido, y, consecuentemente, objeto de prueba. Ello constituye una cuestión de hecho. En ese orden, debió atacarse por la vía indirecta.

4.4. No resulta más afortunada la proposición del cargo cuarto, por cuanto los errores de hecho que endilga se asemejan más a un alegato de instancia. Se pretende anteponer la propia interpretación de las piezas de convicción sobre la obtenida por el enjuiciador, sin lograr poner de presente que la suya sea la única admisible, con suficiencia para descalificar aquella.

4.4.1. Aunado a ello, pregona la falta de apreciación del e-mail, que milita a folio 104 de la encuadernación, en que, a su juicio, Zuluaga y Cubillos Ltda. reconoce aquel derecho a que se le retribuya la membresía y la gestión que adelantó, al hacerle un ofrecimiento dinerario, arguyendo que el mismo *«no deja duda alguna acerca de que entre los contratantes siempre existió la creencia y la voluntad de que el trabajo o gestión de Becerra debía ser remunerado, remuneración sobre la cual no se pusieron de acuerdo, sin que de ello pueda extraerse, como erradamente lo hizo el Tribunal, que debía ser gratuita y en el solo beneficio de la actora, por lo cual la demandada no tenía derecho a recibir ninguna contraprestación a su trabajo y gestión»*.

Igual inobservancia se aduce del *“dictamen pericial”* que se acompañó con el libelo inicial, legajado a folios 123 a 131 del informativo, que avalúo los aportes *“distintos a dinero”* hechos por Summacon S.A.S. en la cantidad de

\$1.000.000.00 «que fueron reales pues implicaron (i) el trabajo del partícipe activo ante la CCI y otras diligencias, y (ii) el aporte en especie consistente en la entrega del derecho a participar en el proyecto EDIFICIO CCI, sin el cual, el contrato de cuentas en participación no hubiese podido cumplir con su objetivo, y obvia, lógica y claramente no pueden ser tenidos como una donación, esto es, como aportes gratuitos que no merecen utilidad alguna».

4.4.2. No obstante, siempre se limitó a insistir en el hipotético derecho a una ganancia, por la membresía y la gestión, sin que de toda la retórica expuesta emerja con contundencia la existencia de un error evidente y trascendente capaz de variar el sentido del fallo, tanto de la interpretación que se diera al contrato de cuentas en participación o la valoración *integrum* del acervo probatorio que permitieron al Tribunal, aun a pesar del e-mail y “dictamen” que dice no apreciados, inferir como lo hizo en el respaldo a la acción de Zuluaga y Cubillos Ltda.

#### 4.5. Según añeja jurisprudencia de esta Corporación

*«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» (CSJ SC de 21 de feb. de 2012, rad. 2004-00649-01, reitera en sentencias 24 de jul siguiente, rad. 2005-00595-01 y SC1853-2018 de 29 de may. de 2018, rad. 2008-00148).*

4.6. Al no haberse develado -con contundencia- los yerros pregonados en las censuras, los cargos están llamados al fracaso

5. Pero aun si se pasara por alto lo anterior, la impugnación extraordinaria tampoco tendría vocación de prosperidad, por cuanto no se avizora el dislate que se adjudica al Tribunal en la forma como definió la litis.

5.1. Ciertamente en el intento de descalificar la acción instaurada por Zuluaga y Cubillos Ltda., se intenta hacer operar, sin más, las disposiciones que gobiernan la sociedad en comandita, cuando aquellas resultan de aplicación supletoria, cuando algún aspecto no sea

expresamente regulado por los partícipes. Y en aquellos que por la categoría del contrato de cuentas en participación se avengan pertinentes y no de plano, sin considerar las diferencias que, a no dudar, existen entre ambas figuras.

5.2. Es más, revisada la actuación se encuentra que Carlos Becerra, para el año 2005 estaba afiliado como persona natural a la Cámara Colombiana de la Infraestructura y enterado del proyecto que pretendía adelantar la entidad, optó por vincularse al mismo, aprovechando esa condición. En el aludido acuerdo se fijó como operaciones a desarrollar *«lograr la vinculación de Carlos Becerra, afiliado de la CCI al "GRUPO PROMOTOR EDIFICIO CCI" a título de asociados fundadores quienes pretenden desarrollar el proyecto "EDIFICIO CCI" en la ciudad de Bogotá y mediante la gestión de Carlos Becerra y Daniel Zuluaga alcanzar una participación en las actividades de gerencia, promoción, construcción y ventas de dicho proyecto»*.

Como se ve, desde el principio la operación partía de lograr un provecho del estatus de afiliado que tenía Carlos Becerra, para que este se vinculara al *«GRUPO PROMOTOR EDIFICIO CCI»*, como asociado fundador, lo que les podría permitir alcanzar una participación rentable, como contratistas, interventores, constructor, etc., como se detalla en los interrogatorios de parte que absolvieron ante el juez de conocimiento.

Para el logro de ese cometido se dispuso que sería asociado *GESTOR* Carlos Orlando Becerra Castillo, y aun

cuando en la cláusula décima se estipuló, que *“ambos asociados se obligan a consagrar su tiempo a la gestión dentro del grupo promotor y pondrán en ello sus conocimientos, capacidad, conexiones comerciales y crédito personal para el éxito la asociación”*, esta carece de relevancia, por la modalidad del contrato, que obligaba a Daniel Zuluaga a mantener la condición de socio oculto, impidiéndole desarrollar cualquier gestión ante el grupo promotor por ser ese justamente lo que competía al gestor, pero que en todo caso, fue medianamente atendida en la medida que se le permitió asistir al comité.

Para el desarrollo de la operación se fijaron en la cláusula **“cuarta”** como aportes \$10.000.000,00 por cada asociado, (como capital semilla), que debían abonarse al encargo fiduciario dispuesto por la Cámara Colombiana de la Infraestructura *«para las operaciones que constituyen el objeto de la conformación del grupo promotor»*.

Se pactó allí, en la cláusula **“sexta”** que *«[L]as utilidades que resulten del ejercicio de la asociación se distribuirán en partes iguales entre Carlos Becerra y Daniel Zuluaga. Como es sabido este es un capital de riesgo, en caso de pérdidas se repartirán los saldos entre los asociados en proporción a los aportes que hicieron para el fondo común»*, es decir proporcionalmente entre los dos convencionistas.

El 23 de junio de 2007 se realizó un *“otro sí”*, en que se ponen de presente los antecedentes del caso, los requerimientos planteados por la Cámara Colombiana de la Infraestructura, para con base en ello modificar lo referente a las personas participantes, sustituyendo a Carlos Orlando

Becerra Castillo por SUMMACON E.U. (hoy SUMMACON S.A.S.) y a Daniel Zuluaga Cubillos por Zuluaga y Cubillos Ltda., además, se replantea un poco el objeto del contrato.

En la cláusula "**tercera**" se asigna la calidad de gestor a SUMMACON E.U., y con fundamento en ello se le encarga que *«[L]as Gestiones correspondientes al desarrollo del proyecto se ejecutarán y se darán a conocer ante terceros como propias de SUMMACON E. U. asociado responsable de las obligaciones que contraiga en el desempeño y giro ordinario de la actividad objeto de este contrato frente a la CCI y podrá efectuar una delegación en Daniel Zuluaga»*.

En la cláusula "**sexta**" se previno que *«[L]as utilidades que resulten del ejercicio de la asociación se distribuirán **en partes proporcionales entre los aportantes de acuerdo a los aportes efectivamente realizados por cada uno de cada uno, en la proporción que se calcula como se describe más adelante.** Como es sabido este es un capital de riesgo, en caso de pérdidas se repartirán los saldos entre los aportantes en proporción a la cantidad de dinero que hicieron para el fondo común. PARAGRAFO: El fondo se incrementa con los aportes que requiera el proyecto según determinación por acta del grupo promotor de la CCI, inicialmente los aportes de los partícipes activos o inactivos serán por partes iguales, pero en el evento de que ocho días antes de la fecha que se debe el aporte a la CCI, alguno de los partícipes determine no efectuar el mismo, automáticamente se cede al otro partícipe la posibilidad de realizarlo en mayor proporción. Dichos aportes se certifican con los recibos de consignación al encargo fiduciario N° 1201-2855 FIDUOCCIDENTE registrado a nombre de la CCI» (se resalta).*

La cláusula "**séptima**" refiere, que «[C]on el fin [de] calcular la proporción de los aportes y beneficios que reciban los partícipes, se establece que **los aportes que realice cada uno de los partícipes al fondo común se llevarán a valor presente calculados a fecha de Junio 2 de 2.006 con una tasa efectiva anual equivalente al IPC (de los últimos 12 meses) vigente al momento del último aporte y luego sobre ese total se calculará el porcentaje de participación final resultante de cada aportante**» (se resalta).

Del tenor de ese clausulado emerge, que era factor primordial para acometer la empresa, la afiliación que para ese momento tenía Carlos Becerra a la Cámara Colombiana de la Infraestructura, conocedor de primera mano de los proyectos que ésta quería desarrollar, sin la cual ninguno de los contendientes hubiera podido aspirar a participar, dado que aquellos planes eran exclusivos para los vinculados con la entidad, que se restringió todavía más al limitarlo a personas jurídicas, lo que de suyo fue uno de los argumentos que soportaron el otro sí.

Por ello, desde el comienzo se propuso como objeto de la operación del contrato de cuentas en participación «*alcanzar una participación en las actividades de gerencia, promoción, construcción y ventas de dicho proyecto*», ratificando en el otro sí su deseo de «*continuar participando activamente en el desarrollo de este proyecto*», por lo que ante la ocurrencia de algunas circunstancias lo replantearon direccionándolo a «**mantener la vinculación y participación real de SUMMACON E. U., empresa afiliada de la CCI, al "GRUPO PROMOTOR EDIFICIO CCI" a título de asociado fundador quienes pretenden desarrollar el proyecto "EDIFICIO CCI" en la ciudad de Bogotá y mediante la gestión de SUMMACON**

***E.U., su representante legal Carlos Becerra y Daniel Zuluaga en representación de ZULUAGA Y CUBILLOS LTDA de alcanzar una participación en el desarrollo de dicho proyecto»(se resalta).***

Resulta inequívoco, además, que en ninguna parte se advierte la declaración expresa de voluntad de los copartícipes de incluir aportes en especie o no dinerario, que al momento de la liquidación debiera ser retribuido, como eran esa afiliación de Summacon S.A.S. a la Cámara Colombiana de la Infraestructura -como asegura el recurrente- o la gestión que justamente le correspondía y debía ejercer como socio gestor, sin que ponga o quite ley, para dichos efectos, que igualmente hayan estipulado que *«[A]mbos asociados se obligan a consagrar su tiempo a la gestión dentro del grupo promotor y pondrán en ello sus conocimientos, capacidad, conexiones comerciales y crédito personal para el éxito la asociación»*, considerando que como allí se plasmó *«la participación en ese proyecto debe recaer en cabeza de un asociado directo»*, de manera que solo y solo si era Summacon S.A.S. la llamada a practicar dicha gestión, y Zuluaga y Cubillos a atender cualquier otro aspecto ajeno a la administración, como socio oculto.

Eso no traduce -como se aseguró- que estuviera acordado *«expressis verbis que Summacon S.A.S. como participe activo contribuiría a dicho negocio jurídico con un aporte de industria sin estimación de su valor»*, porque ni de la literalidad de este, ni de ninguna otra probanza emerge esa expresividad.

Por el contrario, aparece escriturado, que estos limitaron los aportes a las sumas efectivamente pagadas al

fondo fiduciario, las cuales para la liquidación debían llevarse a valor presente, tomando el IPC *«vigente al momento del último aporte»*, y con este valor actualizado calcular **«el porcentaje de participación final resultante de cada aportante»**, excluyendo así de plano cualquier otro criterio.

5.3. Por tanto debe inferirse, que no puede predicarse con carácter absoluto que la interpretación, calificación e integración que hiciera el Tribunal del contrato de cuentas en participación estuviera reñida de los métodos hermenéuticos fijados por el legislador para realizar esa labor, que habilite la intervención de la Corte. En una palabra, esa interpretación adoptada por el Tribunal -por sí sola- no podrá descalificarse, *«so pretexto de una construcción más elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que, en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato»* (CSJ SC de 28 feb. de 2005, Rad. 7504).

Y es que para el quiebre en casación de una providencia no basta cualquier discrepancia interpretativa. En efecto, se ha dicho lo siguiente.

*«Esta Corporación, en fallo de 24 de julio de 2012, exp. 2005-00595-01, resaltó que “[c]on mayor razón debe ser notoria la falta endilgada al juzgador, cuando la disconformidad radica en la interpretación que se le dio en el fallo a un acuerdo de voluntades, como ocurren en este caso, por cuanto ‘la valoración que haga el sentenciador es una cuestión fáctica que el legislador confía a su discreta autonomía, de donde se desprende que el juicio que al respecto edifique es susceptible de echarse a*

*pique...en la medida en que brille al ojo que el alcance que le otorgó...” (CSJ SC de 17 sept. 2013, Rad. n°2007-00467-01).*

Incluso en épocas más próximas se dijo que:

*« Adviértase, según de antiguo postula la Sala, la “discreta autonomía” (CXLVII, 52), de los jueces para interpretar el negocio jurídico, labor confiada a su “...cordura, perspicacia y pericia” (CVIII, 289), su prudente, razonado y fundado juicio, dotado de la presunción de acierto y susceptible de infirmar sólo cuando haya incurrido en un yerro fáctico “tan claro a la luz de las reglas legales y de los datos del expediente que no deje lugar a duda alguna” (XX, 295), evidente, incidente en la decisión, invocado y demostrado por el censor (CXLII, 218; CCXL, 491, CCXV, 567), “que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia”, como cuando “supone estipulaciones que no contiene, ora porque ignore las que ciertamente expresa, o ya porque sacrifique el verdadero sentido de sus cláusulas con deducciones que contradicen la evidencia que ellas demuestran” (cas. junio 15/1972, CXLII, 218 y 219), “...desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o pretermite al aplicar el contrato alguna estipulación terminante o la sustituye por otra de su invención” (XXV, 429), en forma que “la exégesis de la cláusula contractual propuesta por el casacionista sea la única admisible a la luz de las circunstancias particulares, y se muestre, consecuentemente, como un planteamiento tan sólido y persuasivo que, por su propio peso, sea capaz de revelar la contraevidencia en la comprensión del Tribunal” (S-226-2004 [7356], 13 de diciembre de 2004), “de modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos claros y no ambiguos de la convención rompiendo su armonía, desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte” (LV, 298), pues las interpretaciones “conformes al haz probatorio y que no sean absurdas o carentes de sindéresis y lógica, impiden la constitución de un error de hecho evidente, alegable en casación, por lo que dicha interpretación, en esas condiciones, queda cerrada en las instancias y resulta inimpugnabile mediante el recurso extraordinario de casación, así la hermenéutica que efectuó el censor devenga respetable y, por ende, luzca coherente, lo cual no es suficiente para quebrar un fallo judicial, por lo demás cobijado por una presunción de acierto que es*

*menester derruir” (Sentencia de la Sala Civil, Exp.7560) y, “si el juez, tras examinar y aplicar las diversas reglas de hermenéutica establecidas en la ley, opta por uno de los varios sentidos plausibles de una determinada estipulación contractual, esa elección, en sí misma considerada, no puede ser enjuiciada ante la Corte, so pretexto de una construcción más elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que, en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato” (SC-040-2006 [7504]), pues, “[s]i tal elemento admite diversos entendimientos, todos ellos razonables, entonces no se presenta el defecto en mención, máxime cuando en materia de interpretación de contratos, se está frente a una ‘cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores’”( CXLII, 218 y 219). (CSJ SC de 7 de feb. de 2008, Rad. 2001-06915-01, reiterado en SC9446 de 22 de jul. de 2015, Rad, 2009-00161-01).*

5.4. Esa muestra de voluntad sobre eventuales derechos por los aportes en industria y trabajo tampoco emerge diáfana de la literalidad del e-mail que obra a folio 104, amen que lo plasmado allí es el querer del representante de Zuluaga y Cubillos Ltda. de lograr una solución amigable de las diferencias presentadas entre las partes. Y para ello, le está ofreciendo la cantidad de \$100.000.000, sin dejar de advertir que *«me siento de verdad totalmente constreñido cuando ahora solicitas otra cifra»*. No aflora allí aceptación alguna de que Summacon S.A.S. hubiera hecho aporte en especie o de industria, que imponga su reconocimiento en la liquidación final de esa asociación.

5.5. Ningún avance se logra en esa dirección con la documental que está a folios 123 a 131, que refiere a la valoración que la firma German Bazzani Duarte e Hijos

Ltda., hace «de dos intangibles que se hacen parte de la negociación bajo la figura jurídica de "ACUERDO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN». En efecto, lo anterior carece de eficacia mientras no quede demostrado, inequívocamente, que se convino su aportación a la empresa para que fuera posible incluirlo en la liquidación para el reparto de las utilidades - lo que no se dio-.

5.6. Significa esto, que en el *sub lite* los particulares en ejercicio de la autonomía de la voluntad celebraron contrato de cuentas en participación. En él acordaron cómo se harían los aportes: en la medida en que el proyecto de la Cámara los fuera exigiendo. Se pactó -adicionalmente- cómo se haría la distribución de las utilidades, sin que para ello aparezca la inclusión de los rubros que asegura Summacon S.A.S. hacían parte de sus aportes susceptibles de retribuir -membresía y gestión-.

Ante ese panorama, la mayor proporción de utilidades obtenida por uno de ellos no constituye -por sí sola- algo que se pueda reprochar con éxito en este escenario.

6. Consecuente con esto, de la valoración y ponderación realizada por el Tribunal de los componentes probatorios arrimados al juicio, no se advierten esos yerros trascendentes, notorios, palmarios o manifiestos que recrimina por el censor, o que el único sentido posible sea el argüido por él, sin que merezca reparo la elección normativa que este adoptara para la conclusión del caso.

Estas circunstancias impiden la intromisión de esta Corporación, porque como de antaño se ha adoctrinado *«el recurso de casación no es una tercera instancia de los procesos en la cual se pueda revisar libremente el litigio o las pruebas aportadas en su caso, pues esta Corporación como tribunal de casación no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios, sino que examina la sentencia recurrida en relación con la ley y dentro de los límites y temas que sean adecuados según los fundamentos de la sentencia, y no los que libremente proponga el recurrente, como se observa en este caso. (CSJ SC de 5 de jun. de 2002 exp. 6848)*

7. En una palabra, son imprósperos los reproches.

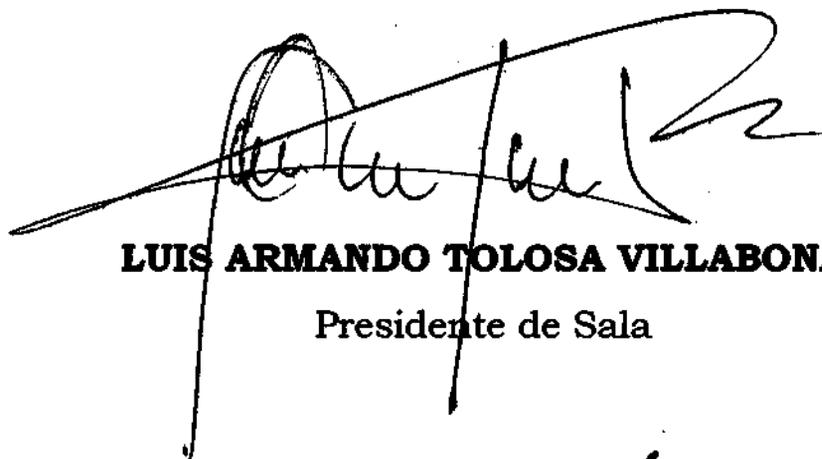
### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República, **NO CASA** la sentencia la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015), en el proceso antes referenciado, por las razones indicadas en precedencia.

Se condena en costas al recurrente en casación, Summacon S.A.S. en favor de Zuluaga y Cubillos Ltda. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de \$6.000.000, por agencias en derecho.

Cumplido lo anterior, devuélvase la actuación surtida  
al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
Presidente de Sala



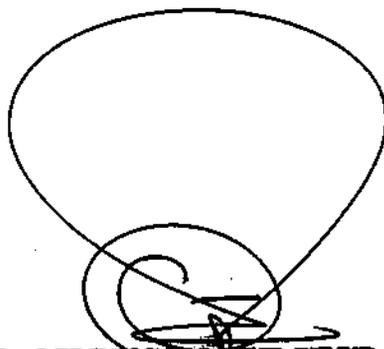
**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**



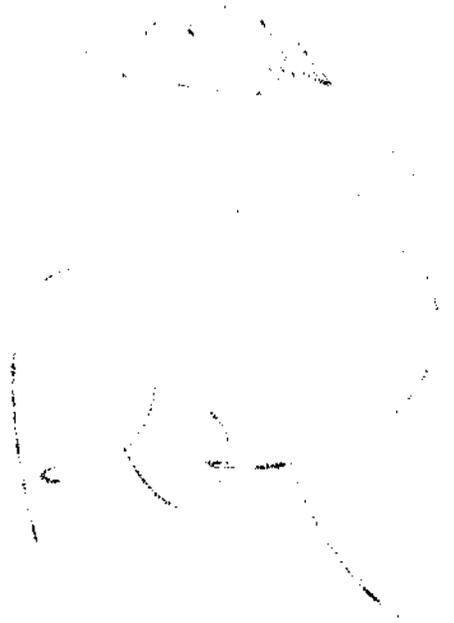
**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and curves.

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Francisco Terner Barrios' written in a cursive style.

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**

A very faint and illegible handwritten signature or mark, possibly a second signature or a stamp, located in the lower middle part of the page.