

RELATORIA CIVIL Y ACORDADA				
NO. SUPLENTE	NO. SUPLENTE	NO. SUPLENTE	NO. SUPLENTE	NO. SUPLENTE
SC 108	14	08	07	3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente

Pedro Octavio Munar Cadena

Bogotá, Distrito Capital, catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007).

Ref.: Expediente No.08001 3103 007 1997 01846 01

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2006, por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario promovido por la COMPAÑÍA CONSTRUCTORA DE OBRAS DE INGENIERIA LTDA. frente a la sociedad CASTRO & TCHERASSI LIMITADA.

ANTECEDENTES

1. La prenombrada demandante pidió que se condenara a la sociedad CASTRO & TCHERASSI LIMITADA a pagarle la suma de \$361.874.713.04 debidamente indexada, junto con “los intereses corrientes y moratorios”, generados desde la fecha en que el Ministerio de Obras Públicas –hoy INVIAS- le canceló a aquella cada una de las cuentas de las obras realizadas por la actora hasta el día en que se produzca el pago.

2. Sustentó tales súplicas en la situación fáctica que se compendia, así:

2.1 Las partes constituyeron un consorcio para la ejecución del contrato No.622/85 y los adicionales Nos. 051/88, 812/88, 567/89, 424/90, 693/90, 922/90, 205/91, 780/91, 183/93, 891/93 y 184/94 concernientes con la carretera "La Ye - Sampués", como también del contrato No.588/85 y los adicionales Nos. 040/88, 719/88, 240/90, 686/90, 091/90, 161/91, 178/92, 100/93 y 062/94 sobre la construcción de la carretera "Sampués – Puerta de Hierro", los cuales les habían sido adjudicados por el Ministerio de Obras Públicas, hoy INVIAS.

2.2 En el documento del 6 de marzo de 1992, los contratantes ratificaron el consorcio y acordaron rehacer la contabilidad desde la fecha de iniciación de éste; así mismo, pactaron que para asentar contablemente un gasto o egreso era necesario el visto bueno de los representantes legales de ambas sociedades y que éstas de común acuerdo designarían el contador.

2.3 La contabilidad del período comprendido entre 1986 a 1991 fue rehecha, y el balance correspondiente al 31 de diciembre de este último año arrojó, en el ítem cuentas por cobrar a INVIAS, un saldo de \$1.933.947.90 (sic) a favor de Conobras Ltda. y de \$2.579.079.098.17 a favor de Castro Tcherassi & Cía Ltda., para un total de \$4.513.027.043.07 para el consorcio.

2.4 De ese monto total aparece en el referido balance cancelado por la demandada \$2.850.694.512.55, faltando por ingresar \$1.662.332.530.52, de los cuales realmente quedó pendiente de pagar para el siguiente año la suma de \$120.646.136.19, conforme aparece en la carta del 10 de diciembre de 1996. Por tanto, "existe un saldo, pagado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte -hoy INVIAS", y que no ingresó al consorcio, el cual asciende a \$1.541.686.394.33.

2.5 La opositora, por cuenta del consorcio, sólo le pagó a la actora \$1.179.811.681.23 del último saldo reseñado; de suerte, que aún le adeuda la suma de \$361.874.713.04, conforme lo refleja la contabilidad.

2.6 Los representantes legales del consorcio, el 13 de junio de 1986, abrieron a nombre de éste en el Banco Cafetero - Barranquilla- la cuenta corriente No.093 041325, a la cual debían ingresar los cheques girados por INVIAS a favor de las sociedades aquí en litigio; empero, en la contabilidad antes referida figura que nueve de los cheques librados por la demandada para cubrir las cuentas cobradas por la actora -actas de obras ejecutadas en 1989 y 1990- fueron depositados en los Bancos Ganadero y Popular de Bogotá.

2.7 Ocho de los aludidos cheques fueron depositados en el Banco Ganadero -sucursal Indumil-, de los cuales aparecen abonados tres a la cartera de Castro Tcherassi &Cía Ltda. y dos de ellos a una cartera registrada a nombre de Conobras Ltda.. Los restantes cheques fueron girados a favor de ésta última sociedad con restricción de consignación en la cuenta del primer beneficiario; sin embargo, dos de éstos figuran abonados a la cartera que aparece a su nombre y el otro en una cuenta corriente de la cual no era titular el girado.

2.8 La demandada también giró el cheque No.1530330 con restricción de ser consignado en la cuenta del primer beneficiario para cubrir las cuentas presentadas por la actora, pero éste fue depositado en el Banco Popular -sucursal San Martín- en una cuenta corriente que no correspondía al girado.

2.9 La actora “nunca ha tenido deudas” con el Banco Ganadero -sucursal Indumil-, tal como lo certificó la gerente de dicha entidad en la carta del 24 de marzo de 1992.

2.10 La connivencia de las mencionadas entidades bancarias hicieron posible el desvío de los cheques de Conobras Ltda. a otras personas. Y la demandada manejó, en el período comprendido entre 1986 a 1991, unilateralmente los fondos del consorcio, por fuera de la cuenta bancaria abierta para tal fin.

2.11 Es así como la demandada tiene retenidos dineros pertenecientes a la actora, los cuales no ingresó a las cuentas del consorcio y que ascienden a \$361.874.713.04, los cuales le adeuda con la respectiva indexación y sus intereses.

3. La sociedad demandada se opuso a las pretensiones y adujo en su favor “la inexistencia de la obligación”, medio defensivo que fundamentó en que el monto pretendido por la actora fue debidamente invertido en el consorcio. También esgrimió que no sólo los nueve cheques referidos en la demanda, sino también otros, fueron girados a nombre de entidades bancarias, por cuanto con éstas se había previamente negociado las actas de cobro de INVIAS para obtener liquidez en beneficio del consorcio; además, que los dineros fueron manejados en cuentas distintas a las de éste, ya que estaban embargadas, tal como el actor lo reconoce en la demanda y consta en el documento fechado 6 de marzo de 1992 que anexó a la misma.

Así mismo, en la sustentación del aludido medio exceptivo sostuvo que con las alegaciones de la demanda se desconocen los acuerdos que las partes en el pasado realizaron y que acepta el señor Gabriel Montoya, quien también ejerce la representación legal de la sociedad demandante. Igualmente, alegó que ésta apoya sus pretensiones en una contabilidad que carece de valor probatorio, pues

no cumple las exigencias de las normas comerciales ni del artículo 18 del Estatuto Tributario.

4. Mediante sentencia del 26 de septiembre de 2003 fue dirimido el asunto por el Juzgado 7° Civil del Circuito de Barranquilla, decisión en la que acogió las pretensiones de la actora y declaró impróspero el medio exceptivo alegado por la opositora.

El reseñado fallo fue revocado por el Tribunal al desatar la apelación interpuesta por la demandada, en la sentencia recurrida en casación por la actora.

SENTENCIA IMPUGNADA

1. El tribunal, tras reproducir la definición de la llamada unión temporal o consorcio contenida en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, puntualizó que, a la luz del artículo 61 de la Ley 223 de 1995, sus miembros deben llevar su contabilidad de manera independiente y presentar sus declaraciones en esa misma forma, incluyendo los ingresos, costos y deducciones que a cada uno de ellos le corresponde, teniendo de presente su participación en el consorcio; de suerte, que esas organizaciones no están obligadas a llevar una contabilidad propia, pues sus registros contables se incorporan en la contabilidad de los miembros o asociados, ni son contribuyentes del impuesto de renta, amén que terminan como cualquier otro contrato mercantil.

De igual modo, apoyado en un fallo del Consejo de Estado, asentó respecto de la naturaleza jurídica del consorcio, que aunque éste se distingue por ser un contrato asociativo de empresas o empresarios, lo cierto es que la simple asociación no constituye una

persona jurídica distinta de los partícipes o consorciados, quienes conservan su autonomía, independencia y facultad de decisión.

2. Luego de esas reflexiones recordó el principio de la carga de la prueba, definió el hecho notorio y las denominadas negaciones indefinidas, para poner de relieve que a la actora le incumbía demostrar su pretensión y a la demandada probar los hechos alegados en la contestación de la demanda, en virtud de que lo afirmado por la actora, esto es que la sociedad Castro Tcherassi & Compañía Limitada le adeuda la suma de \$361.874.713.04, no constituye una negación indefinida como equivocadamente consideró el juzgador de primer grado.

Reparó, seguidamente, en el material probatorio recaudado, empezando por el dictamen pericial rendido sobre la contabilidad de la demandada, respecto del cual señaló que con él no se logró determinar si ésta le adeuda o no a la actora el monto de dinero pretendido, ya que los peritos estimaron que “ ‘el valor total cancelado por Castro Tcherassi & Cia. Ltda. de \$1.552.876.534.41 no coincide con el valor del informe contable al 31 de diciembre de 1991, presentado por la demandante en la demanda que son \$1.179.811.681.23, el cual está conformado por valores que aparecen en la cuenta de acreedores varios así: Castro Tcherassi & Cia Ltda., \$382.856.843.31 y Plato Bosconia \$796.954.837.92. Por lo tanto, nos es difícil determinar el valor relacionado en la demanda de \$361.874.713.04 a cargo de Castro Tcherassi & Cia. Ltda.’ ”.

Relativamente al testimonio de Fernando Henríquez - empleado del consorcio- trasuntó la respuesta dada por éste cuando fue interrogado acerca de si la contabilidad del mismo se rehizo y resaltó cómo el deponente expresó que los documentos que le fueron puestos de presente contenían enmendaduras, las cuales son atípicas

de un sistema contable, además que no aceptó que aquéllos pertenecieran a la contabilidad del consorcio aduciendo que en ninguna parte así lo referían, amén que él nunca permitió ese tipo de correcciones. Y de esas manifestaciones infirió que para el declarante la contabilidad nunca se rehizo y que los registros contables presentados por la actora no eran del grupo.

También examinó el interrogatorio absuelto por Gabriel Montoya -representante legal de Conobras- y reseñó las explicaciones que éste dio respecto de los nueve cheques que no ingresaron a la cuenta de la demandante, de las cuales dedujo que tal situación aconteció porque esos títulos fueron negociados con entidades financieras, razón por la cual se libraron a nombre de éstas.

Estimó que el Banco Ganadero corroboró lo anterior, en cuanto que en una carta que remitió a Conobras -anexada a la demanda- informó que “efectivamente la sucursal Indumil recibió endosos de la cuenta de cobros CONOBRAS LTDA., ... dichos endosos fueron realizados por el doctor Gabriel Montoya ... no se realizó ningún pagaré a nombre de Conobras, puesto que el doctor Gabriel Montoya informó a la gerencia de esta sucursal que en esa época no se contaba con los documentos actualizados para tramitar cupos de crédito para ser utilizados por CONOBRAS LTDA.”.

Y, por último, acotó que si bien en la inspección judicial realizada en la contabilidad de esta última sociedad se determinó que existía un saldo a favor de ella, la verdad es que esa prueba no es suficiente para determinar la existencia de la deuda, por cuanto es una contabilidad del Consorcio que no aparece firmada por el representante legal de Castro Tcherassi & Cia. Ltda., además que no obra en el plenario ningún otro elemento de juicio que demuestre que dicha contabilidad correspondía al consorcio; por el contrario, el testimonio

de Fernando Henríquez, quien fue empleado del mismo, desvirtúa que así hubiere sido.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

En el único cargo en ella propuesto, se acusa la sentencia impugnada de violar, por la vía indirecta, los artículos 1494 del Código Civil, 34 de la Ley 57 de 1887 y 8º de la Ley 153 de 1887, a causa de haber incurrido en error de hecho en la apreciación de la contestación de la demanda y de las pruebas, yerro que condujo a negar las pretensiones de la demanda.

El recurrente en el desarrollo del cargo expone que el tribunal dedujo del interrogatorio que absolvió Gabriel Montoya de Vivero que éste confirmaba lo manifestado por la opositora, en cuanto que los cheques no ingresaron a Conobras porque previamente habían sido negociados con las entidades financieras y por esa razón fueron librados a nombre de éstas; empero, dicho fallador no podía atender esa confesión, ya que el declarante sólo podía comprometer a la sociedad hasta por cuatrocientos mil pesos como aparece en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena. Además, de contera, cercenó el contenido de este documento, pues no advirtió la referida limitación de las facultades del representante legal de la demandada.

Sobre el testimonio de Fernando Henríquez refiere que éste manifestó que no era necesario rehacer la contabilidad, por cuanto estaban todos los comprobantes, además, que el consorcio llevaba una contabilidad en que deben aparecer los movimientos; igualmente, que el consorcio tenía una contabilidad independiente de las firmas consorciadas, pues llevaba todos los libros de tipo auxiliar que reflejaban claramente las inversiones efectuadas en la ejecución del

contrato, los anticipos de los contratistas, las cuentas por cobrar, los pasivos a cargo de la compañía, entre otros aspectos, pero que no recordaba si dichos libros fueron registrados, dado que en los últimos años las obligaciones legales de los consorcios habían sido modificadas por la legislación y, por ende, no podía precisar si en esa época la mentada obligación recaía sobre el consorcio o sobre la contabilidad individual de cada sociedad.

De igual modo, resalta que al mencionado deponente le fueron puestos de presente tres folios con asientos contables y se le interrogó sobre las enmendaduras que ellos presentan, a lo cual respondió que " 'no puedo aceptar que esas hojas pertenezcan a la contabilidad del consorcio porque en ninguna parte así lo demuestran, además, este tipo de corrección nunca lo permití' ", respuesta de la cual dedujo el tribunal que la contabilidad no fue rehecha y que la que presentó la actora no era del consorcio, cuestión que, a juicio del censor, no dijo el testigo, dado que "una cosa es que NO se rehizo la contabilidad y otra diferente es que NO era necesario hacerlo. Una cosa es que el testigo diga que para él no esté demostrado que esas tres hojas pertenezcan a la contabilidad del consorcio y otra diferentes es que 'la contabilidad' presentada por la demandante no sea del consorcio. Tres hojas, NO son la contabilidad".

Relativamente a la inspección judicial realizada en Conobras Ltda., en la cual fue puesta a disposición la contabilidad del consorcio, señala que el juzgador que la practicó dejó la constancia de que ésta no aparecía registrada en la Cámara de Comercio y que, según le informaron el representante legal y el contador de mencionada empresa, el fólder contenía una contabilidad privada de la firma Consorcio Conobras Ltda. – Castro Tcherassi & Cía. Ltda..

Así mismo, asevera que en la aludida diligencia se estableció que de acuerdo con el balance general a 31 de diciembre de

1991, el Ministerio de Obras Públicas le adeudaba al consorcio \$1.662.332.530,32 y que éste, a su vez, debía a la demandada \$382.846.843,31 más \$796.954.837,92 por concepto de gastos; igualmente, que existía un faltante no ingresado a la contabilidad de \$482.520.849,29, amén que la deuda del Ministerio para la fecha de la diligencia ascendía sólo a \$120.646.136,19. También el censor acota que el apoderado de la actora puso de presente en dicha inspección que al deducir esta cifra del monto adeudado por el Ministerio quedaba a cargo de la opositora la cifra reclamada en la demanda, al igual que resalta que el apoderado de esta última insistió en la diligencia que su objeto era establecer lo concerniente con el ingreso de los nueve cheques y que adujo que la contabilidad exhibida era privada y no había sido registrada en la Cámara de Comercio.

Reseña, así mismo, el testimonio de Ricardo Manga, anotando que éste manifestó que fue nombrado contador del consorcio para rehacer la contabilidad correspondiente al período comprendido entre 1986 a 1991, lapso durante el cual había sido manejada con el solo criterio de Castro Tcherassi; e igualmente, que con relación a los dineros que llegaban al consorcio dijo “ ‘(...) supongamos si el Ministerio pagaba un acta de obra y no entraba en su totalidad a las cuentas corrientes del consorcio, producto de esto se generaron ciertas diferencias, no fueron identificadas contablemente platas que el Ministerio canceló, o sea que había cuentas pendientes por cobrar al Ministerio cuando en realidad ya habían sido canceladas y estas platas no ingresaron a las cuentas del consorcio’ ”, situación sobre la cual mas adelante precisó que “ ‘(...) en los balances del consorcio en las cuentas por cobrar al Ministerio aparecen unos saldos por cobrar al indagar por estas cuentas me manifiestan que ya el Ministerio las había cancelado y estos dineros no habían ingresado a las cuentas corrientes que manejaba el consorcio’ ”.

Denuncia que el fallador pasó por alto la confesión contenida en la contestación de la demanda, ya que la opositora al responder el hecho tercero manifestó que “ ‘del total pagado por Invías, una parte entró a las cuentas bancarias a nombre del consorcio y otra parte a las cuentas bancarias de mi cliente’ ”, en la respuesta al hecho octavo dijo que “ ‘ante la total despreocupación de Conobras por la suerte del consorcio, correspondió a mi cliente obtener financiación para cubrir los gastos y deudas del mismo. Tal financiación consistía en negociar con el sector financiero las actas de obra que debía pagar Invías a favor del consorcio; por ello, cuando Invías pagaba, el cheque salía directamente a la entidad financiera que había adelantado el dinero. Esto se hizo no solo con el Banco Ganadero sino también con la Corporación Financiera del Norte en diversas ocasiones’ ”; al contestar el hecho noveno expresó que “ ‘mi cliente manejó en sus cuentas particulares dineros del consorcio’ ” y al sustentar el medio exceptivo que formuló aseveró que “ ‘el monto pretendido en la demanda, \$361.874.713.04, correspondiente a los nueve cheques referidos en ella, fue debidamente invertido en el consorcio. Como dije al referirme a los hechos, no solo esos cheques sino otros salieron a nombre de entidades bancarias porque con ellas previamente se habían negociado las actas de cobro del Invías para obtener liquidez en beneficio del consorcio’ ”.

Relaciona, seguidamente, las cartas librada por los Bancos Cafetero (F.63 y s.s., C.1), Popular (F.348 y s.s., C.2), Bogotá (F.355 y 357 a 358, C.2) y de la República (F.450 y s.s., C.2), como también la misiva expedida por el Banco Ganadero -sucursal Indumil- (F.97 y s.s., C.1), para denotar que esta última entidad expresa: a) que Gabriel Montoya le endosó unas cuentas; b) que éste y Alfredo Tcherassi le solicitaron la apertura de cupos de crédito para Equipos Universal y Cía. Ltda. y para Castro Tcherassi & Cía. Ltda., garantizándolos con el endoso de las actas del contrato No.622/85 de Conobras y 588/85 de Castro Tcherassi, pero que no fue necesario

autorizar dichos cupos, ya que esas empresas los tenían, salvo Conobras que “no tenía documentación”; c) que tales créditos fueron otorgados a Castro Tcherasssi, Equipos Universal y Gabriel Montoya por los montos indicados en la carta en comento, habiendo sido cada uno garantizado con una cuenta de Conobras que le fue endosada.

Del mismo modo, incluye como indebidamente apreciado el dictamen pericial (F.363 y s.s., C.2), del cual transcribe varios apartes, para mostrar que los peritos detectaron que los informes anuales que están registrados en la contabilidad de la demandada fueron emitidos antes de la fecha en que se acordó la reconstrucción de la contabilidad del consorcio; también, que señalaron que los saldos del informe contable al 31 de diciembre de 1991 del consorcio no aparecen en los archivos de la demandada, por lo que no se aportan las cifras correspondientes a aquél en ese año. Igualmente, que dichos auxiliares manifestaron que los movimientos registrados en la contabilidad de la opositora y sus consorcios reflejan que el valor cancelado por ésta no coincide con el informe contable relacionado en la demanda, ya que aquél “incluye Castro Tcherassi y Plato – Bosconia”, razón por la cual concluyeron que “ ‘nos es difícil determinar el valor relacionado en la demanda de \$361.874.713.04 a cargo de Castro Tcherassi & Cía. Ltda.’ ”, amén que aseveraron que las cuentas corrientes del Banco de Bogotá eran manejadas por personas ajenas al consorcio.

De esa misma experticia destaca que allí se coligió que de los cheques relacionados en la demanda no aparece registro alguno indicativo de que ingresaron a Castro Tcherassi & Cía Ltda., además, que del análisis de los registros contables de ésta y del consorcio que conformó con Edgardo Navarro y Ramón Renowitzky (Plato-Bosconia) emerge que aquélla efectuó transacciones de créditos con bancos y entidades financieras, las cuales garantizó con las actas de obras ejecutadas por cobrar a INVIAS, así por ejemplo, con el Banco

Ganadero –sucursal Indumil- canalizó sus operaciones a través de una cuenta corriente manejada en la contabilidad del consorcio Bosconia. Y por último subrayó que los peritos concluyeron que de la revisión y el análisis de la contabilidad de la opositora y los consorcios en que ella participó no era factible establecer la diferencia que arroja el informe contable a 31 de diciembre de 1991, en que está soportada la demanda, y el saldo que aparece registrado en la contabilidad de la demandada y sus consorcios, ya que es posible que alguna de esas contabilidades hubiere omitido registrar ciertas operaciones y, por tanto, para dilucidar tal diferencia sería necesario realizar una conciliación entre esas informaciones.

Y sobre la aclaración del comentado dictamen recalca que los peritos reiteraron que era posible que cualquiera de las dos contabilidades hubiere omitido el registro de ciertas operaciones, como también que el ejercicio contable “rehecho” presentado por la actora no fue registrado en los libros de contabilidad de la opositora, por cuanto ésta no lo reconoce, ya que no aparece registrada en la Cámara de Comercio. Por lo demás, en la referida aclaración se expresa que sólo aparecen registrados los informes contables anuales emitidos antes de la fecha en que se acordó la reconstrucción de la contabilidad del consorcio.

El censor le enrostra al juzgador no haber apreciado la renuencia de la demandada a la práctica del dictamen pericial decretado sobre la contabilidad “rehecha” del consorcio, ni los indicios que de ese comportamiento se desgajan, conforme lo estatuye los numerales 2º de los artículos 242 y 246 del Código de P. Civil. Estas disposiciones y los artículos 248, 249 y 250 Ibídem las inaplicó el fallador.

De otro lado, señala que el tribunal consideró que no era suficiente que en la contabilidad del consorcio existiera un saldo a favor

de Conobras, dado que no fue firmada por el representante legal de Castro Tcherassi & Cía. Ltda., conclusión frente a la cual dice que cómo iba a estarlo si dicha contabilidad está en poder de la demandada, la que, por demás, se negó a suministrársela a los peritos.

Alega, a continuación, que “aparece probado por los peritos” la existencia de la contabilidad “rehecha” del consorcio, como también lo testifica el señor Manga, cuestión distinta es que la opositora no se hubiere allanado a suministrarla con el pretexto de que no había sido vertida en los libros registrados en la Cámara de Comercio. Añade que la contabilidad de una sociedad de hecho, llamada consorcio por las partes, no requiere constar en libros registrados en la Cámara de Comercio, justamente por tratarse de esa especie de sociedad, como confusamente lo da a entender el sentenciador.

Recalca que los declarantes Montoya, Manga y Henríquez dieron cuenta de la existencia de la contabilidad del consorcio Castro-Conobras, al igual que el señor Becerra –director de contabilidad de Castro Tcherassi-, según refieren los peritos y aflora de la inspección judicial efectuada a la actora; por consiguiente, es claro que esa contabilidad sí existe y fue rehecha, lo que aconteció es que extrañamente no aparece en la contabilidad de la demandada. Y la razón de ello es que ésta no reconoce el trabajo contable presentado por la actora en la demanda, según le expresó el mencionado señor Becerra a los peritos. En fin, el tribunal tuvo por no probada, estándolo, la existencia de la contabilidad del consorcio y, por contera, no se percató de que también estaba acreditado el origen y la cuantía de la deuda reclamada.

Sostiene que el origen de la deuda aflora de los manejos que hicieron Castro Tcherassi & Cía. Ltda., Montoya en su propio nombre y como sedicente administrador y representante legal de

Conobras y Equipos Universal, en relación con las cuentas a favor de la actora y a cargo de INVIAS. Tales manejos, afirma, están demostrados con las constancias de los bancos Cafetero, Popular, República, Bogotá, Ganadero y Corporación Financiera del Norte, como también por la declaración del mencionado Montoya y la contestación de la demanda -hechos 3º, 8º y 9º, sustentación de la excepción-, pruebas que dan cuenta de los endosos de las cuentas de la actora y que el producto de ellas que le correspondía a ésta fue cobrado por la demandada y no ha ingresado a Conobras:

Por tanto, afirma el recurrente, está demostrado que Castro Tcherassi & Cía. Ltda. recibió para sí dineros que son de propiedad de Conobras y que no le han ingresado a ésta. Y como esa es una negativa indefinida requiere de prueba en contrario, tal como lo entendió el sentenciador; de suerte, entonces, que si la opositora al contestar la demanda aseveró que esos dineros que recibió se invirtieron en la obra de Conobras “carretera La Y – Sampués”, le correspondía acreditar ese hecho -positivo contrario-, pero lo cierto es que no cumplió con esa carga probatoria.

Muy por el contrario, lo que sí aparece es que esos dineros posiblemente fueron a parar a otros contratos o consorcios de Castro Tcherassi & Cía. Ltda., conforme lo señala el dictamen pericial, prueba de la cual reseñó los apartes que, a su juicio, refieren tal situación. Ese concepto pericial lo corroboran las cartas de los bancos, así por ejemplo, la misiva del Banco Ganadero del 24 de marzo de 1992 informa que a la demandada le fueron otorgados unos créditos que garantizó con el endoso de las actas de Conobras, las cuales cuando fueron pagadas por INVIAS fueron aplicadas a esas obligaciones.

La censura también reproduce la contestación que la demandada dio a los hechos 7º y 9º de la demanda y apartes de la sustentación del medio exceptivo propuesto para denotar que, a su

juicio, es completamente elusiva la actitud de aquélla, ya que admite que recibió los dineros y dice que se invirtieron en el contrato, pero no especifica, “ni prueba en qué ni como ni cuánto ni cuando”.

Luego de recalcar que los yerros denunciados son manifiestos y trascendentes, expone, en un aparte que tituló “violación indirecta. Proposición jurídica”, que la acción ejercida no se deriva del contrato de colaboración acordado entre las partes y que denominaron “consorcio”, ya que éste tenía como fin la colaboración de sinergias por la vecindad de las obras, pues se trataba de la carretera “La Ye – Carreto” con dos sectores: uno “La Ye – Sampués” a cargo de la actora y otro “Sampués – Puerta de Hierro”; en efecto, por ese convenio las sociedades contratantes se colaboraban con la maquinaria, personal, etc., pero cada una de ellas era independiente en cuanto a su propio manejo, ingresos y egresos; empero, no acordaron nada con relación al monto de aportes, ni respecto al reparto de utilidades. De ahí, que lo que aconteció fue que la opositora aprovechó esa situación para recibir unos dineros ajenos y retenerlos para sí.

Tal cuestión, en criterio del censor, pone de manifiesto que la única acción que la actora tiene para reclamar lo suyo es la de enriquecimiento injusto, dado que la demandada, sin título alguno, tiene en su poder un dinero que le pertenece a aquélla y no lo ha restituido, causándole así el correlativo detrimento patrimonial. “Justamente de esa situación surge la obligación: devolver lo que no es suyo”.

Estima que en ese orden de ideas, el juzgador ad quem para condenar a la accionada debió aplicar los artículos 1494 del Código Civil, 34 de la Ley 57 de 1887 y 8º de la Ley 153 de 1887.

CONSIDERACIONES

1. La acusación que acaba de compendiarse está enderezada a poner de manifiesto que los yerros de apreciación probatoria atribuidos al sentenciador condujeron a que éste no diera por demostrado, estándolo, que en el caso objeto de litigio se produjo “un enriquecimiento injusto con el correlativo empobrecimiento: la demandada, sin título alguno, tiene en su poder un dinero que le pertenece a la demandante y no lo ha restituido, causándole así el correlativo detrimento patrimonial”.

Y es que el censor no sólo así lo explicitó, sino que trazó la censura en esa dirección, pues denunció que el tribunal valoró indebidamente los elementos probatorios que reseña en el cargo, en aras de demostrar que aquél no advirtió que de éstos aflora, de un lado, que la demandada recibió de Invías la suma de \$325.545.315.95, correspondiente a las cuentas que ésta adeudaba a la actora por concepto de las actas de obra ejecutadas por ella y, del otro, que la demandante “no ha recibido esas sumas, con detrimento de su patrimonio”, cuestiones fácticas a las que, a juicio del recurrente, se suma que Castro Tcherassi & Cía. Ltda. no acreditó que hubiere invertido ese dinero en la ejecución del contrato No.622/85 y sus adicionales, celebrado entre la demandante y el Fondo Vial Nacional - antes MOPT- para la rehabilitación del sector “La Ye – Sampués” de la carretera “La Ye-Carreto” y pavimentación de las calles de Sahagún y Chinú.

Tan cierto es que la impugnación extraordinaria está enfilada a demostrar la existencia de un enriquecimiento sin causa, que el recurrente denunció el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 como norma sustancial violada, precepto que, justamente, abre el camino para la aplicación de los principios generales del derecho, entre ellos el que proscribe el enriquecimiento sin derecho en perjuicio de otro.

2. Empero, ese planteamiento resulta novedoso en el proceso, en cuanto que ni por asomo fue debatido en las instancias, en las que la controversia giró en torno a las diferencias surgidas entre los litigantes con ocasión de la ejecución del consorcio integrado entre ellos.

Así lo evidencia la demanda incoativa del litigio, en la que la actora pidió que se condenara a Castro Tcherassi & Cia. Ltda. a pagarle la suma de \$361.874.713.04, debidamente indexada, junto con los “intereses corrientes moratorios”, generados desde la fecha en que a ésta le fueron canceladas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte -hoy Invías- las cuentas por obras ejecutadas por Conobras Ltda. hasta el día en que cubra tal obligación.

La aludida pretensión fue soportada en que las partes constituyeron un consorcio para la ejecución de los contratos adjudicados a cada una de ellas por el citado Ministerio para la construcción de las carreteras “La Ye – Sampués” y “Sampués - Puerta de Hierro”, cuya conformación “ratificaron” en el documento que suscribieron el 6 de marzo de 1992, en el cual también acordaron rehacer la contabilidad desde el inicio de aquél, registrando contable y cronológicamente los movimientos de ingresos y egresos previo “visto bueno” de los representantes legales de las empresas asociadas o de quien ellas designen para el efecto. La contabilidad del período comprendido entre 1986 a 1991 se rehizo, reflejando que de los valores que el Ministerio realmente le pagó a Castro Tcherassi & Cía. Ltda. no ingresaron al consorcio \$1.541.686.394.33, de los cuales dicha sociedad canceló por cuenta de éste \$1.179.811.681.23, adeudando a la actora \$361.874.713.04. Y ese faltante obedeció - según los hechos de la demanda- a que la demandada no depositó en su totalidad los referidos pagos en la cuenta corriente del consorcio, dado que algunos de los cheques fueron girados a nombre de

entidades bancarias y abonados a la cartera de la demandada y a otra que figuraba a nombre de la actora, sin que ésta tuviese crédito alguno con ellas.

Aún más, la actora en el aludido escrito invocó los artículos 498 y s.s. del estatuto mercantil, 398 y s.s. del C. de P. Civil y la Ley 80 de 1993 como fundamentos de derecho, preceptos de los que tampoco se vislumbra que hubiere respaldado su reclamación en el enriquecimiento sin causa, pues obsérvese que conciernen con la sociedad mercantil de hecho, el proceso ordinario y el estatuto de contratación administrativa, el cual consagra la figura del consorcio en el derecho público.

La demandante durante el curso del proceso continuó dentro de la misma línea de argumentación, concretamente en los alegatos de conclusión, orientada fundamentalmente a demostrar la constitución del aludido consorcio y que la contabilidad de éste - correspondiente al período comprendido entre 1986 a 1991- muestra la existencia a su favor del saldo reclamado, el cual no ingresó a aquél, por cuanto la demandada no depositó en la cuenta corriente de dicho consorcio la totalidad de los pagos efectuados por Invías, sino que los abonó a su cartera y a otra que apareció a nombre de Conobras Ltda., sin que ésta hubiere adquirido tal obligación, cuestiones que adujo conducían a inferir que “Castro Tcherassi y Cía. Ltda. (hoy S.A.) manejó arbitrariamente los fondos del consorcio”.

En tales condiciones, resulta patente que la discusión planteada en las instancias no recayó sobre un eventual enriquecimiento sin causa de la demandada, en detrimento del actor que, como es sabido encarna una pretensión autónoma, a cuya definición, estructuración y delimitación han concurrido vigorosamente la doctrina y la jurisprudencia y que, en cuanto tal, es decir como “acción” claramente individualizada e independiente, debe ser

planteada de manera diáfana en una demanda dirigida a evidenciar que el demandado obtuvo una ventaja patrimonial a expensas del actor sin que mediara una causa jurídica, o, dicho en otros términos, a demostrar los elementos estructurales de la aludida institución, concretamente, la existencia de un enriquecimiento o aumento en un patrimonio, un empobrecimiento correlativo y la falta de causa o fundamento jurídico de semejante situación. Y, como quedó visto, dentro del presente litigio nunca se aludió a una situación fáctica que enmarcara los aspectos propios del enriquecimiento injusto.

De modo, pues, que la acusación en estudio está trazada sobre un planteamiento que resulta novedoso y que en realidad entraña una nueva pretensión -enriquecimiento sin causa-, cuya alegación mediante el recurso de casación resulta abiertamente inadmisibile, pues supone una intolerable alteración de los extremos del litigio que hiere gravemente las garantías fundamentales de la demandada, quien se vería obligada a enfrentar súbita e intempestivamente una petición de la cual no ha podido defenderse en el proceso. Pero, además, refleja una actitud que no se acompasa con la buena fe y lealtad que ha de presidir la contienda, amén que, como acaba de señalarse, arrasa con el derecho de defensa del demandado.

Por lo demás, ha reiterado esta Corporación que el fallo opugnado no puede enjuiciarse “sino con los materiales que sirvieron para estructurarlo; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas” (casación civil, sentencia del 16 de marzo de 1999, exp. No.5111).

3. De todas maneras, si a juicio del recurrente las súplicas del libelo genitor y el marco fáctico en que fueron sustentadas apuntaban a poner al descubierto un enriquecimiento sin causa debió censurar, entonces, la interpretación de dicho escrito, ya que el sentenciador examinó el asunto desde el ámbito del acuerdo consorcial que vinculaba a las partes. No de otra manera puede entenderse el hecho de que el tribunal para resolver el caso planteado hubiere acudido a la definición que del consorcio trae el estatuto de contratación administrativa, a lo estatuido en la Ley 223 de 1995 sobre la contabilidad y declaraciones de renta que deben llevar los miembros de un consorcio y a lo dicho por la jurisprudencia respecto a su naturaleza jurídica, para asentar que “los consorcios no constituyen una persona jurídica distinta de sus miembros” y “no están obligados a llevar una contabilidad propia”, pues “sus registros contables se incorporan en la contabilidad de los miembros o asociados”, tesis a partir de la cual emprendió el estudio probatorio del litigio.

4. Puestas así las cosas, el cargo escrutado no se abre paso.

DECISIÓN

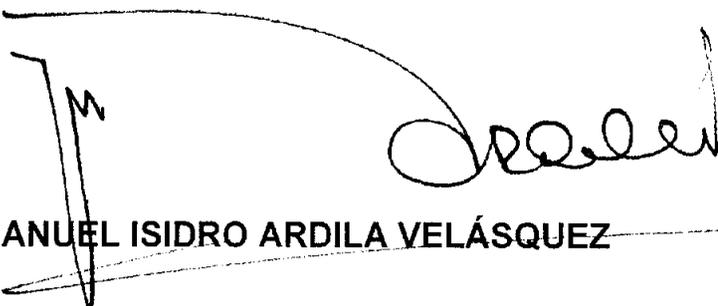
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 2 de marzo de 2006, por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario promovido por la COMPAÑÍA CONSTRUCTORA DE OBRAS DE INGENIERIA LTDA. frente a la sociedad CASTRO & TCHERASSI LIMITADA.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

NOTIFÍQUESE

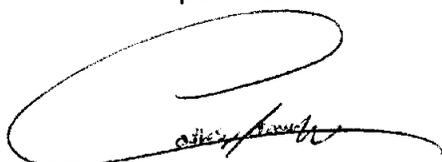


RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

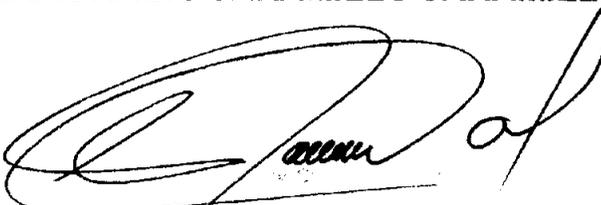


MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR
En permiso



CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA



CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE



EDGARDO VILLAMIL PORTILLA