

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente:

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil once (2011).-

Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01

Procede la Corte a decidir el recurso de casación que la demandante, señora **BEATRIZ EUGENIA MONTOYA VILLA**, interpuso respecto de la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2007 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, dentro del proceso ordinario que ella adelantó contra la **FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-**, la **FUNDACIÓN SAN FRANCISCO DE SALES** y el señor **CARLOS MARIO CÁRDENAS SOTO**.

ANTECEDENTES

1. En la demanda con la que se promovió la presente controversia, su gestora solicitó, en síntesis, que se declarara resuelto el contrato celebrado por las partes, que

éstas denominaron de “cuentas en participación”, pero que en verdad es “innominado”, por incumplimiento de las demandadas; y que, como consecuencia de tal determinación, se condenara a la Fundación Servicio de Vivienda Popular, Servivienda, en favor de la actora, en primer lugar, a restituírle el inmueble que ésta, por virtud de dicho negocio jurídico, le transfirió, correspondiente al lote de terreno situado en el Municipio de Jericó, Antioquia, sector “El Faro”, sobre la carrera quinta, con una extensión superficial de cuatro (4) hectáreas, identificado en la forma indicada en el propio libelo introductorio, y, en segundo término, a indemnizarle los perjuicios que con su comportamiento le ocasionó, así: por daño emergente, la suma de \$180.000.000.00, y por lucro cesante, la cantidad de \$201.600.000.00, con corrección monetaria y los intereses legales que se causen a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

Adicionalmente se indicó que “[s]e acumula como pretensión subsidiaria eventual de la pretensión primera principal: Se conden[e] a Carlos Mario Cárdenas Soto y a la Fundación de Vivienda Popular (sic), Servivienda, solidariamente, al pago de los perjuicios que se causaron a la demandante Beatriz Eugenia Montoya y que son los mismos que se enunciaron en los hechos de esta demanda y se repitieron en la pretensión tercera”.

2. Las precedentes súplicas se sustentaron en los hechos que seguidamente se compendian.

2.1. Mediante documento suscrito el 10 de julio de 1995, la Fundación Servicio de Vivienda Popular, como “GESTOR o PARTÍCIPE ACTIVO”, la actora y la Fundación San Francisco de Sales, como “PARTÍCIPE INACTIVOS”, celebraron un contrato que denominaron “de CUENTAS EN PARTICIPACIÓN”, que al no ajustarse a las normas legales disciplinantes de esta figura contractual es, en verdad, “innominado”, cuyo objeto “consistió en la adecuación, construcción, urbanización y mercadeo de viviendas de interés social en el Municipio de Jericó (Ant.), proyecto que se denominó ‘Villas de Jericó’”.

2.2. Como consecuencia de dicho negocio jurídico, surgieron para las partes los siguientes compromisos:

2.2.1. Servivienda, como partícipe activo, “se obligó a realizar todos los estudios técnicos, (...) gerenciar la obra, informar de la marcha del negocio, rendir cuenta de su gestión, ‘entregar todo lo recibido por causa del mandato dentro de los tres días siguientes a la terminación, so pena de reconocer intereses moratorios en la mayor proporción que certifi[que] la Superintendencia Bancaria (...)’, abstenerse de dar diferente destinación o de emplear en beneficio propio los dineros y elementos que se le aporten para realizar su encargo, so pena de indemnizar los perjuicios ocasionados, restituir a los partícipes cualquier provecho directo o indirecto, aportar hasta cuarenta millones de pesos (\$40.000.000.00), según los requerimientos que demande la primera etapa de la parcelación, y, en una palabra, ejecutar la obra completa hasta su culminación”.

2.2.2. La demandante y la Fundación San Francisco de Sales, como partícipes inactivos, se obligaron a realizar aportes por la suma de \$40.000.000.00, la segunda “según los requerimientos de la primera etapa de la parcelación, de acuerdo con el cronograma y presupuesto anexo[s]”.

2.3. La actora cumplió lo de su cargo, toda vez que, en atención al aporte que le correspondía efectuar, enajenó a Servivienda el inmueble de su propiedad, identificado en las pretensiones de la demanda, tal y como aparece en la escritura pública No. 246 del 10 de julio de 1995.

2.4. Las accionadas no honraron sus compromisos, puesto que la Fundación Servicio de Vivienda Popular “paró la obra y expresó que no la continuaría”, como consta en la demanda que promovió en contra de la señora Beatriz Eugenia Montoya Villa, sin que hubiese liquidado el contrato; y la Fundación San Francisco de Sales, no realizó el aporte que era de su competencia.

2.5. Conforme a la estipulación sexta del contrato en mención, su vigencia era por dos años, contados a partir de la última autenticación de firmas, que se realizó el 10 de julio de 1995.

2.6. Pese al contenido del documento identificado como “ACTA N° UNO”, que data del 31 de julio de 1998, el cual no fue suscrito por la aquí demandante y en el

que intervinieron personas extrañas al contrato, éste no fue prorrogado, circunstancia que “evidencia aún más el incumplimiento por parte de la Fundación Gestora, como también de la otra contratante”.

2.7. En la fecha en que la actora entregó a Servivienda el inmueble que le transfirió, éste contaba con las siguientes mejoras: “Una casa de dos plantas, con unos cuatrocientos metros cuadrados de construcción; un silo eléctrico para ACPM con una capacidad para secar cien (100) arrobas de café; beneficiadero completo para café; pesebreras, cercos con estacones y alambre de púa; (...) un sembrado de [café] de veinticinco mil (25.000) [árboles] en plena producción, (...)”, todo lo cual fue destruido entre el 18 y el 22 de octubre de 1995, por orden de la citada fundación.

2.8. Por causa de la comentada entrega de la finca y del arrasamiento de las mejoras arriba reseñadas, la accionante sufrió perjuicios, por daño emergente, en cuantía de \$180.000.000.00, discriminados así: “Demolición total de la casa \$40.000.000. Demolición del silo e instalaciones \$10.000.000. Demolición del beneficiadero de café, pesebrera, cercos, estacones y alambre de púa \$15.000.000. Destrucción de 25.000 cafetos en producción \$100.000.000. Destrucción de capa vegetal de todo el bien, que lo inutiliza como predio agrícola \$15.000.000”; y, por lucro cesante, \$201.600.000, representado en que “[s]e ha[n] dejado de percibir los frutos del café desde el momento de su destrucción, en octubre de 1995, hasta la fecha de esta demanda y lo que se dejará de percibir durante el curso del

proceso, y ha sido imposible gozar de la habitación de la casa. Estos 2 conceptos los concreto así: a.- Por café: 1.600 arrobas anuales, que dejan una utilidad de treinta millones netos por año: durante 6 años hasta hoy, son \$180.000.000. b.- Valor anual de la vivienda derruida: tres millones seiscientos mil pesos año (\$3.600.000), durante 6 años hasta hoy, son \$21.600.000”.

2.9. Existe un documento contentivo de la “conciliación” acordada entre las dos Fundaciones demandadas, que sólo surte efecto entre ellas, pero que demuestra que Servivienda “ha hecho todo aquello que se le ha antojado, arbitraria e ilegalmente, llevándose de calle los derechos” de la promotora de este litigio.

3. Admitida que fue la demanda por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Medellín, según auto del 4 de marzo de 2002 (fls. 29 y 29 vuelto, cd. 1), se procedió a su notificación personal a las accionadas, enteramiento que se verificó, respecto de la Fundación San Francisco de Sales, el 16 de mayo de ese mismo año (fl. 31, cd. 1), y de la Fundación Servicio de Vivienda Popular, al día siguiente (fl. 36, cd. 1).

4. Las dos personas jurídicas demandadas y el señor Carlos Mario Cárdenas Soto, por intermedio de la misma apoderada judicial y en un sólo escrito, dieron contestación a la demanda. En tal virtud, respecto de sus pretensiones, manifestaron no oponerse “a la resolución del contrato, pero ést[a] debe hacerse teniendo en cuenta que el

mismo no fue incumplido”; solicitaron que en la sentencia “se liquide el contrato”; se pronunciaron de distinta manera sobre los hechos aducidos en el libelo introductorio; y formularon las excepciones de mérito que denominaron “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, fincada en que la actora persigue el pago de sumas de dinero a que no está obligada Servivienda, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, con sustento en que a la precitada fundación “no le fue posible cumplir el contrato por circunstancias ajenas, imprevisibles y no atribuibles a su gestión”, y “MALA FE”, soportada en similares argumentos a los en precedencia señalados y en que el inmueble aportado por la demandante “no era desde ningún punto de vista lo que hoy quieren maliciosamente mostrar”, toda vez que ella había intentado venderlo sin lograrlo, de donde la única salida que tuvo para negociarlo, fue participar en el contrato base de la acción (fls. 99 a 109, cd. 1).

5. Agotada la instancia, el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Medellín le puso fin con sentencia del 4 de mayo de 2006, en la que declaró fundada la excepción de “falta de causa” y negó el acogimiento de las pretensiones (fls. 183 a 192, cd. 1).

6. Apelado por la actora el fallo del *a quo*, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el suyo, fechado el 5 de septiembre de 2007, confirmó la negativa a acceder a lo pedido en el escrito con el que se inició la controversia; revocó tanto el reconocimiento que se hizo de la excepción de “falta de causa”, la cual denegó, como la condena en costas, que se abstuvo de imponer en las dos

instancias; y decretó el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda (fls. 56 a 95, cd. de segunda instancia).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Delanteramente, el *ad quem* afirmó la satisfacción de la “totalidad de los requisitos formales para el procesamiento adecuado de las pretensiones de conocimiento que se han propuesto”; la inexistencia de nulidades que pudieran ocasionar la invalidación de lo actuado; la aptitud del negocio para recibir decisión de segunda instancia; la ausencia de requisitos para que de los litigios que antecedieron a éste, relacionados con el mismo negocio jurídico aquí controvertido, pudiera inferirse la materialización de las figuras de “pleito pendiente” o “cosa juzgada”; la inaplicabilidad de la “cláusula de amigable composición” acordada por los contratantes, frente a la competencia del juez que conoció del asunto; y que la formulación de la pretensión subsidiaria eventual, no supuso un trámite inadecuado, de conformidad con las previsiones del artículo 233 de la Ley 222 de 1995.

2. A continuación, el Tribunal se ocupó del contrato base de la acción y coligió que él no corresponde al de “cuentas en participación”, puesto que la actora no tenía, al tiempo de su celebración, la condición de comerciante, y que, en consecuencia, se trata de uno atípico, regido por las cláusulas que lo estructuran y por los artículos 323 a 342, 507 a 514 y 1262 a 1286 del Código de Comercio.

3. Una vez estableció las obligaciones que para las partes se desprendieron de ese negocio jurídico, estimó que las “contraídas por la actora y la Fundación San Francisco de Sales fueron de ejecución instantánea o de tracto único” y que las surgidas a cargo de Servivienda “fueron continuadas o de tracto sucesivo”.

4. Con tal fundamento, coligió la improcedencia de la petición de “resolución” del aludido contrato, pues él, por su naturaleza, estaba llamado a “disolverse” o a “terminarse”, como se dispuso en su cláusula primera.

Descartó, adicionalmente, que por vía de interpretación de la demanda, pudiera entenderse que cuando la actora pidió que se resolviera el contrato, lo que en verdad solicitó fue su terminación, toda vez que con “la pretensión principal y sus subsidiarias consecuencias”, lo que ella persiguió fue “regresar las cosas al estado anterior”, efecto propio de la resolución.

5. Así las cosas, concluyó que la indicada equivocación, *per se*, impedía el acogimiento de las pretensiones principales elevadas en el libelo introductorio.

6. Pasó al estudio de la súplica subsidiaria y, en torno de ella, observó, por una parte, la viabilidad de su formulación en forma independiente a la disolución o terminación del respectivo negocio jurídico; por otra, que la decisión de suspender el proyecto urbanístico que pretendían

desarrollar los contratantes, fue adoptada con anterioridad a la fecha en que el señor Carlos Mario Cárdenas Soto asumió la gerencia de la Fundación Servicio de Vivienda Popular; adicionalmente, que no obstante que el desempeño de la precitada accionada pudiera calificarse de negligente, en cuanto hace a la administración del mencionado proyecto, “la actora no logró (...) definir la naturaleza del daño, ni acreditar su existencia”; y, por último, que no es dable admitir como elementos integrantes del perjuicio cuya reparación aquí solicitó la demandante, factores que conciernen solamente con la liquidación del contrato.

7. Dos de los integrantes de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que desató la segunda instancia aclararon su voto (fls. 97 y 98, cuaderno del Tribunal), especificaciones que consistieron en lo siguiente:

7.1. La calificación que la providencia hizo del contrato base de la acción como atípico “es innecesaria, como lo muestra la sentencia, porque al final termina aplicándole toda la normatividad establecida en el Código de Comercio para el contrato de cuentas en participación, siendo ésta la denominación que los contratantes le dieron a la convención por ellos celebrada, además de que previeron que esa era la normatividad que gobernaría las relaciones contractuales”.

7.2. “También resulta discutible afirmar que el contrato al que se contrae la demanda es de tracto sucesivo por el hecho de que la obligación se traduce en una conducta

permanente del deudor, porque con este mismo argumento se puede sostener que otras convenciones son de tracto sucesivo, como ocurre cuando alguien adquiere la obligación de ejecutar una obra, así se acuerde un plazo para su terminación y entrega. Se comparte plenamente que el contrato celebrado es multilateral, que se asimila al de sociedad (art. 514. C. de Co.) y [que] frente a él cabe la disolución y no la resolución,(...)”.

Al respecto, más adelante se añadió que en cuanto hace al mencionado negocio jurídico, no “procede la resolución, porque el contrato es de aquellos que se disuelve y no se resuelve, siendo innecesario determinar si es de tracto sucesivo”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Siete cargos planteó la recurrente en la demanda con la que sustentó la impugnación extraordinaria que interpuso contra el fallo de segunda instancia, de los cuales la Corte, mediante auto del 18 de diciembre de 2009, admitió únicamente el tercero y el cuarto, integrados en uno sólo, y el último, mismos a los que la Sala circunscribirá su estudio, el cual empezará con la séptima acusación, para continuar con las dos restantes, aunadas, como ya se resolvió.

CARGO SÉPTIMO

1. De entrada, su proponente acusó “la sentencia de violar directamente [los] artículo[s] 1546 del

Código Civil y (...) 870 del Código de Comercio, por errónea interpretación, al restringir el alcance de las pretensiones indemnizatorias por incumplimiento, sólo a las hipótesis de resolución con eficacia retroactiva y negarla a la (...) hipótesis de terminación del contrato por incumplimiento”.

2. Aseveró el censor que conforme esos preceptos, “siempre que se alegue y pruebe incumplimiento del contrato se tiene derecho a la indemnización del perjuicio” y que, por lo tanto, resulta intrascendente que lo pedido sea la resolución o la terminación del correspondiente negocio jurídico, puesto que solicitado lo primero, “bien puede decretarse” lo segundo, “como un evento legal de conceder lo probado, que es menos de lo pedido”.

3. Concluyó que “[d]e haber interpretado correctamente la norma el Tribunal”, hubiese “dado por terminado el contrato por incumplimiento, pues la regla de competencia es que siempre se puede dar menos de lo pedido”.

CONSIDERACIONES

1. Inicia la Corte su escrutinio con el presente cargo, por estar referido a los argumentos en los que el Tribunal cimentó su negativa a acceder a las pretensiones principales de la demanda.

2. Mirados en conjunto, como corresponde, los argumentos aducidos en la sentencia y los de la comentada aclaración de voto, se establece, en definitiva, que las

genuinas razones que sustentan la desestimación que se hizo en segunda instancia de la pretensión encaminada a que se declarara la resolución del contrato base de la acción (súplicas principales), fueron el carácter plurilateral de éste – *multilateral* lo llamó el Tribunal- y su asimilación al contrato de sociedad, que determinaban que el mismo sólo pudiera disolverse y liquidarse, mas no, se reitera, ser objeto de resolución.

3. En el cargo auscultado, como ya se registró, el censor denunció el quebranto recto de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, en razón a que, según el entendimiento que de la sustentación puede hacerse, buscando su mayor eficacia, dichos preceptos son comprensivos, en cuanto a una de sus opciones, tanto de la resolución como de la terminación contractual por incumplimiento y que, para ambas figuras, dichas normas establecen, como principio, la posibilidad de reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios. Con tal fundamento, el recurrente estimó, adicionalmente, que como la terminación es “menos” que la resolución, pedida como fue esta última, podía concederse aquélla.

4. Del contraste entre la verdadera razón que condujo a que en segunda instancia se coligiera el fracaso de las súplicas principales del libelo introductorio, precisada en precedencia, y los argumentos que sustentan el reproche jurídico formulado por el impugnante, es evidente que éste se descarrió al proponer la censura, como quiera que no acertó a identificar y, por consiguiente, a combatir el genuino

fundamento en que el *ad quem* soportó la confirmación que hizo de la desestimación adoptada por el juzgado del conocimiento de la resolución contractual reclamada en la demanda.

Con otras palabras, mientras el Tribunal - mayoritariamente- caminó por la senda de que el contrato celebrado por las partes era “multilateral”, se regía por las reglas que disciplinan la sociedad en comandita simple y, por consiguiente, era susceptible de “disolución”, el recurrente transitó otra bien distinta, como fue que dicho negocio estaba sometido a las previsiones de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio y que, por lo mismo, sí era posible demandar su “resolución”, en tanto que esta figura comprende la “terminación”, con lo que habría lugar, en todo caso, al reconocimiento de la correspondiente indemnización de los perjuicios reclamados.

5. Al respecto, pertinente es insistir en que los ataques en casación deben guardar total simetría con los fundamentos en los que el sentenciador de instancia respalde las decisiones que adopte en frente del litigio, puesto que, como aquí acontece, cuando el recurrente no es fiel a las razones que sirven de fundamento a la sentencia cuyo quiebre persigue, deja de atacar las que verdaderamente le prestan pie de apoyo, que al no ser removidas, impiden, *per se*, que el respectivo pronunciamiento se derrumbe.

En el punto, la Corte ha sido insistente al sostener que “...*el recurso debe orientarse a desvirtuar con sentido*

objetivo de integralidad la base jurídica del fallo; de no hacerlo, de no hacerse cargo en forma circunstanciada de todas las apreciaciones de fondo que conforman esa base o lo que a ello equivale en últimas, si desatiende la estructura del juicio jurisdiccional discutido y se aparta de la línea argumental que inspira la solución que en derecho se le imprime a la controversia por virtud de dicho juicio, el mencionado recurso es improcedente, improcedencia (...) que responde a necesidades conceptuales que sin duda se identifican con la naturaleza misma que en nuestro medio el ordenamiento le reconoce al recurso de casación...” (Cas. Civ., sentencia del 27 de marzo de 1992; subrayas fuera del texto), reiterada en el fallo del 25 de marzo de 1999 (expediente No. 5089).

6. Con todo, estima pertinente la Sala puntualizar que los contratos con prestaciones recíprocas, tradicionalmente denominados bilaterales, son aquellos en los que cada contratante se obliga para con su contraparte a ejecutar el objeto debido con el fin de satisfacer su interés en la realización de la prestación, es decir, que en tales negocios jurídicos las prestaciones de las partes son interdependientes, razón por la cual el incumplimiento de una de ellas habilita a la otra para impetrar la acción resolutoria. Ha señalado la Corte, en esta línea de argumentación, que *“los contratos bilaterales tienen en nuestra legislación un estatuto especial tendiente a ‘conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral’”* (Cas. Civ., sentencia del 24 de octubre de 1940, G.J., T. L, pág. 384). Por esta razón, el remedio resolutorio tiene su campo natural de actuación en tratándose de los negocios jurídicos

que el legislador designa con el nombre de contratos bilaterales (art. 1496 del C.C.).

Por el contrario, en los contratos denominados *plurilaterales*, en los que las prestaciones de todos los sujetos involucrados están enderezadas a la obtención de un propósito que es común, como ocurre de manera paradigmática en los contratos de naturaleza asociativa, el incumplimiento de alguno de los contratantes no produce, necesariamente, el decaimiento del contrato para todos los que a él se encuentran vinculados, particularmente porque tal anomalía no debe producir, por regla general, la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, aserto que se ratifica con la circunstancia atinente a que en los contratos de esta clase cada parte se vincula de manera individual e independiente de las otras, de tal manera que la suerte de dicha relación particular o sus vicisitudes, no se extienden, necesariamente, a las demás. Al respecto puede observarse lo que en relación con el contrato de sociedad establecen los artículos 104, 107 y 109 del Código de Comercio y lo que de manera general dispone el artículo 903 *ibídem*, que señala lo siguiente: “[e]n los negocios jurídicos plurilaterales, cuando las prestaciones de cada uno de los contratantes se encaminen a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo respecto de uno solo de ellos no acarreará la nulidad de todo el negocio, a menos que su participación, según las circunstancias, sea esencial para la consecución del fin previsto”.

Ahora bien, en materia de resolución por incumplimiento, el artículo 1546 del Código Civil exige que la resolución verse sobre un contrato bilateral, requisito que se repite en el artículo 870 del estatuto mercantil. En los contratos plurilaterales, al no estar ellos referidos a prestaciones interdependientes, el eventual incumplimiento de alguno de los contratantes no ocasiona necesariamente el abatimiento de todo el acto para los restantes intervinientes, salvedad hecha de que la prestación incumplida sea esencial para lograr la finalidad del acuerdo. En ese sentido, el artículo 865 del Código de Comercio colombiano establece que “[e]n los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto”.

Como desarrollo de este principio, en el contrato de sociedad -ejemplo arquetípico de contrato plurilateral-, el artículo 125 del Código de Comercio, en relación con los arbitrios de indemnización de la sociedad respecto del socio que desatienda su obligación relativa al pago del aporte, y que tienden a conservar el acto con abstracción del vínculo del socio incumplido, dispone lo siguiente:

“Cuando el aporte no se haga en la forma y época convenidas, la sociedad empleará los arbitrios de indemnización estipulados en el contrato.

“A falta de estipulación expresa al respecto, la sociedad podrá emplear cualquiera de los siguientes arbitrios o recursos:

“1. Excluir de la sociedad al asociado incumplido.

“2. Reducir su aporte a la parte del mismo que haya entregado o esté dispuesto a entregar, pero si esta reducción implica disminución del capital social se aplicará lo dispuesto en el artículo 145, y

“3. Hacer efectiva la entrega o pago del aporte.

“En los tres casos anteriores el asociado incumplido pagará a la sociedad intereses moratorios a la tasa que estén cobrando los bancos en operaciones comerciales ordinarias”.

7. Por otra parte, es menester destacar también que, en líneas generales, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la *resolución* se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto -efectos *ex tunc*- , y, *contrario sensu*, la *terminación* se encuentra reservada para aquellos contratos con prestaciones de ejecución periódica, sucesiva o continuada, también llamados contratos de duración, pues precisamente, dada la ejecución de las obligaciones en el tiempo y su aprovechamiento por el acreedor, no resulta posible deshacerlas respecto del pasado sino sólo hacia el porvenir –efectos *ex nunc*-, o en otras palabras, ellas adquieren plena firmeza con ocasión de su autonomía y consolidación jurídica y económica, que se van dando a lo largo del tiempo.

Ha dicho al respecto la Corte que “[p]or la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para el futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo,

ejecutorios, por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por esta el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; (...) se borra; 'se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada (...). La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado' (...)" (Cas. Civ., sentencias del 26 de noviembre de 1935, G.J., T. XLIII, pág. 391 y del 26 de abril de 1955, G.J., T. LXXX, pág. 55).

Ahora bien, en muchos casos, claro está, según las particularidades que cada uno ofrezca, la labor interpretativa que en relación con la demanda le compete a los juzgadores de instancia puede permitirles, por una parte, colegir que, pese a haberse solicitado la “resolución” de un contrato, la reclamación elevada en verdad concierne con la “terminación” del mismo, en cuanto que por la naturaleza de los deberes de prestación asumidos por los contratantes no sea factible retrotraer lo ya dado o entregado, y, por otra, decidir en consonancia con ese entendimiento la respectiva pretensión, sin que para ello constituya un valladar infranqueable el hecho de que las restantes peticiones apunten, equivocadamente, a que como prestaciones consecuenciales se adopten medidas que, en esencia, estén dirigidas a retrotraer la situación al momento de la celebración

del correspondiente negocio jurídico, pues en este supuesto bastaría con negar su acogimiento.

8. En definitiva, se concluye el fracaso de la acusación.

CARGO TERCERO

1. En este reproche, el recurrente denunció la sentencia del Tribunal por “HABER VIOLADO LA LEY SUSTANCIAL, POR VÍA DIRECTA”, y, más exactamente, “LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1610 Y 1613 DEL CÓDIGO CIVIL Y AL LADO DE ESTAS, (...) LAS QUE REGULAN EL RÉGIMEN COLOMBIANO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y QUE EN ESENCIA SE ENCUENTRAN ENTRE LOS ARTÍCULOS 1602 Y 1617” de la misma obra, por “INTERPRETACIÓN ERRÓNEA”, así como “LOS ARTÍCULOS 513 Y (...) 200 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, Y (...) 25 DE LA LEY 222 DE 1995”.

2. Delanteramente el casacionista precisó que el “cargo se refiere a la resolución de la pretensión subsidiaria eventual” y que, en cuanto a ella, el Tribunal consideró, en primer lugar, “probada la negligencia de Servivienda en el cumplimiento de sus tareas” y, en segundo término, que “los perjuicios que se reclamaron en la demanda y que se probaron en el proceso no eran los que podían reclamarse”, cuestión que reiteró al añadir que, según el *ad quem*, “los perjuicios referentes al daño emergente y al lucro cesante que

se incorporaron como hechos de la demanda, no son los que a la luz de las normas aplicadas pueden reclamarse”.

3. Especificó a continuación que, en lo que hace a la definición de la indicada súplica, los errores que cometió el sentenciador de segunda instancia, consistieron en lo siguiente:

3.1. Interpretó incorrectamente las normas contenidas en los artículos 1602 a 1617 del Código Civil, relativas al “efecto de las obligaciones”, pues de haber acertado en su genuino sentido, hubiese accedido a la “indemnización de los perjuicios causados por incumplimiento del contrato innominado civil que es objeto mediato de la pretensión”.

3.2. De conformidad con la tercera opción consagrada en el artículo 1610 del Código Civil, si la obligación es de hacer, una vez constituido en mora el deudor, el acreedor podrá pedir que éste “le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”, alternativa que fue la escogida por la aquí demandante.

3.3. Siguiendo el mandato del artículo 1613 del Código Civil, el daño “es la disminución del patrimonio”, debe “ser cierto” y estar “plenamente establecido en su existencia y en su monto”, amén que el material o patrimonial se subdivide en daño emergente y lucro cesante.

“Si el Tribunal -continuó el recurrente- hubiera interpretado bien este precepto, habría distinguido perfectamente que los hechos aducidos como daño en la demanda y luego demostrados en el proceso, respondían perfectamente a estos conceptos, [que] esos perjuicios los causó el incumplimiento del contrato, su defectuoso cumplimiento y la posterior suspensión definitiva en la ejecución contractual”, comportamientos que provocaron para la demandante “que la inversión se perdiera (la finca fue lo aportado) y detrás de la pérdida de la cosa vino la inexorable pérdida de sus frutos (...)”.

4. Más adelante expuso las apreciaciones que pasan a condensarse:

4.1. “Se anota que los perjuicios del socio tienen que ver con la pérdida de su aporte y que es su aporte y los accesorios del mismo lo que se perdió para Beatriz. Véase que hay una conexidad necesaria entre la mala administración de Servivienda y la pérdida del aporte de Beatriz, puesto que los bienes ya no están en su patrimonio y no tiene dónde vivir, ni frutos que recolectar, ni utilidades que distribuir, ni nada parecido, todo, reitero, todo, por causa de la actuación negligente (debidamente probada como lo dije ya), de la resistente en esta pretensión indemnizatoria”.

Añadió que “[l]o cierto es que Beatriz, la demandante, hizo aportes a una empresa común, administrada por Servivienda” y ésta, “con su negligencia, dio al traste con la empresa común y, en consecuencia, hizo

perder el aporte a la demandante. Ese es su daño, una pérdida que quedó probada en el proceso, el de su finca que es la cosa principal que se perdió para ella y el de los frutos de la misma”.

4.2. Interpretó erróneamente el *ad quem* las referidas normas, “cuando entendió que si el contrato incumplido era de tracto sucesivo, no podía indemnizarse sino el chance o la esperanza de ganancia frustrada por el incumplimiento y que la estructura del daño sólo pudiera presentarse de esta manera en la demanda, porque ningún elemento del contrato podía integrar los renglones de la indemnización por incumplimiento”, habida cuenta que ella “no depende de la rendición de cuentas, ni de los resultados del contrato, sino de su incumplimiento”; que “no existen catálogos de los daños que pueda causar cada contrato según la causa que sirva de fundamento a la indemnización, sino que es el juez, de conformidad con la prueba, el que a la postre confiere perfil a las alegaciones de daño emergente y lucro cesante”, otorgándole entidad a uno y otro y realizando su liquidación; y que “ninguna norma contempla tal exclusividad” o “restricción”.

4.3. El perjuicio alegado en la demanda y las pruebas que lo acreditan, conforman un “marco fáctico suficiente para fundamentar la pretensión indemnizatoria, agravado indudablemente por la desidia de trece años”.

4.4. La pérdida de la finca, de la casa en ella construida, del cafetal que tenía allí sembrado y de la producción de dicho cultivo, constituyen la disminución

patrimonial padecida por la demanda[nte], merma que el Tribunal desconoció al considerar “que ningún concepto que pudiera integrar un proceso de liquidación podía argumentarse como daño a indemnizar en razón del incumplimiento”, incurriendo de esta manera en “interpretación errónea, porque precisamente los elementos que componían el contrato debían haberse sustituido por una ganancia importante de no haber mediado culpa del constructor, y en cambio fueron un fiasco (...)”.

CARGO CUARTO

1. La presente acusación versó sobre el quebranto indirecto de las mismas normas que se dejaron precisadas en el cargo anterior.

2. Al inicio de su sustentación, puso de presente el censor que este cargo “está íntimamente relacionado con el tercero” y que “debe entenderse acumulado en forma subsidiaria eventual y se ha lanzado en atención a la eventualidad de la afirmación, que me exige formular el cargo aunque resulte contradictorio con el tercero, porque si no se propone ahora, se perderá para siempre la oportunidad de hacerlo. Eso quiere decir que sólo debe estudiarse en el evento de que fracase el tercero y, anuncio también que la proposición del mismo, es consecuencia obligada de la utilización de lenguaje equívoco en la sentencia por parte del Tribunal (...)”.

3. Seguidamente observó que el desatino del *ad quem* consistió “en omitir la valoración” de los siguientes medios de prueba:

3.1. El dictamen pericial rendido el 12 de agosto de 2004, con el que se demostró “la naturaleza del daño” y “su monto”, toda vez que el mencionado sentenciador lo “ignoró” por completo y, como consecuencia de ello, estimó que “el daño no estaba probado”.

3.2. La “prueba documental, que consiste básicamente en el contrato que está en el expediente, en la escritura pública contentiva de la entrega o dación del inmueble de la demandante y en el (...) certificado de libertad y tradición” del mismo, del que se desprende “la anotación de dicho título en el registro”.

4. Explicó el recurrente que “[e]l Tribunal no vio lo evidente, que el daño sí fue probado, como ha quedado demostrado en las anotaciones que anteceden a esta afirmación, y, por ello, omitió condenar al pago del mismo, lesionando así, de forma indirecta o por error en el medio, a las normas que determinan la obligación de indemnizar, entre las que resalto a las contenidas en los artículos 1610 y 1613 del Código Civil, a las que se suman para formar la proposición jurídica completa, y que en esencia se encuentran entre los artículos 1602 y 1617 de la misma codificación. Se violan también los artículos 513 y el 200 del Código de Comercio, y el 25 de la Ley 222 de 1995, puesto que todos ellos mandan indemnizar, pero el Tribunal se abstuvo de

imponer la condena al considerar que no estaba probado el daño, aunque sí quedó probada la culpa”.

5. Al final, el impugnante solicitó a la Corte “quebrar la sentencia y convertirse en Tribunal de segunda instancia, dictando la sentencia que sea conforme a derecho y que condenara a la indemnización de los daños legalmente probados”.

CONSIDERACIONES

1. Inicialmente debe señalarse, en primer término, que el despacho conjunto de los precedentes cargos obedece a que la Corte, al admitirlos, mediante auto del 18 de diciembre de 2009, con fundamento en el numeral 3º del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, los integró en uno sólo; y, lo segundo, que ambos conciernen con la desestimación que el Tribunal hizo de la pretensión “subsidiaria eventual” incorporada en la demanda, circunstancia que, al tiempo, explica la razón para que se reservara el estudio de los reproches en cuestión para el final.

2. El correcto despacho de las acusaciones que ahora se auscultan exige memorar, por una parte, que la “pretensión subsidiaria eventual” consistió en que se condenara “a Carlos Mario Cárdenas Soto y a la Fundación de Vivienda Popular (sic), Servivienda, solidariamente, al pago de los perjuicios que se causaron a la demandante Beatriz Eugenia Montoya y que son los mismos que se enunciaron en

los hechos de esta demanda y se repitieron en la pretensión tercera”, solicitud que versó sobre el reconocimiento de los siguientes valores: “Por DAÑO EMERGENTE, la suma de ciento ochenta millones de pesos m.l. (\$180.000.000.oo) (...). Por LUCRO CESANTE, la suma de doscientos un millones seiscientos mil pesos (\$201.600.000.oo) (...). Los guarismos anteriores serán corregidos de acuerdo con la devaluación habida para traducirlos en valores reales y no meramente nominales. A partir de la ejecutoria del fallo ganarán, esas sumas, intereses a la tasa legal”.

Por otra parte, que en respaldo de dicha solicitud, se adujo que ella “tiene origen en el artículo 513 del Código de Comercio, que traza sendas interpretativas para el contrato de cuentas en participación y muestra cómo (...) tal modalidad de contrato guarda similitud entrañable con la sociedad en comandita simple, pero para un negocio determinado. Así que los administradores o el gestor (y si es persona jurídica su representante legal...), tienen que responder de forma solidaria por los perjuicios que (...) causen a los partícipes. Esta proposición jurídica, desde luego, toca también directamente con el artículo 200 del Código de Comercio. Si el contrato, como lo pienso, es innominado o atípico por no ser todos los contratantes comerciantes, entonces se llega al mismo resultado, puesto que los contratos innominados se regulan por las disposiciones de los contratos nominados a los que más se asemejen”.

Y, finalmente, que en el hecho 10º la accionante observó que la demandada fue “la administradora del

proyecto, o gestora en el contrato denominado por las partes de cuentas en participación”, que actuó “culposamente” y que, por ende, “es responsable por los perjuicios que por dolo o culpa” le irrogó. Añadió que “[e]sta responsabilidad se predica igualmente, de forma solidaria, del Dr. Carlos Mario Cárdenas Soto, debido a su condición de representante legal de la fundación, que culposamente incumplió el contrato y causó perjuicios con su actuar”.

3. Es evidente, entonces, que no obstante que la súplica subsidiaria planteada en la demanda está referida al contrato ajustado entre las partes, que, como se vio al despachar el cargo séptimo, con independencia de su calificación, fue considerado por el Tribunal como “multilateral” y sometido a las reglas que disciplinan las cuentas en participación, postura del *ad quem* que lejos de ser combatida por el recurrente éste apoyó, razón por la cual mantiene su vigencia y se torna vinculante incluso para la Corte, la acción intentada corresponde a la de responsabilidad civil que, para el caso de las sociedades comerciales, está prevista en el artículo 200 del Código de Comercio a cargo de sus administradores, norma que, como pasa a dilucidarse, tiene aplicación también respecto del indicado negocio jurídico.

En efecto, dispone el artículo 514 de la obra en cita que “[e]n lo no previsto en el contrato de participación para regular las relaciones de los partícipes, tanto durante la asociación como a la liquidación del negocio o negocios, se aplicarán las reglas previstas en el código para la sociedad en comandita simple y, en cuanto éstas resulten insuficientes, las

generales del título primero de este mismo libro” (se subraya), que trata “Del contrato de sociedad”.

Así las cosas y como quiera que en el caso de las sociedades en comandita simple no existe norma particular que determine la responsabilidad de sus administradores, se torna imperativo colegir que, en este punto, el envío previsto por el legislador en la disposición legal que ahora se comenta, se extiende a las normas generales del contrato de sociedad y que, por lo mismo, en tratándose del contrato de cuentas en participación, es también aplicable el ya mencionado artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que reza:

“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios y a terceros

“No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

“En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

“De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores haya propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

“Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

“Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los

administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

4. Examinadas las normas que se ocupan del contrato de sociedad, en general, y las especiales de cada tipo societario, en conjunto con la que se deja reproducida, es dable visualizar que el legislador, además de la responsabilidad contractual fincada en el negocio jurídico que da origen a las sociedades comerciales y que vincula por igual a quienes lo celebran, estableció un régimen particular de responsabilidad en relación con sus administradores, que opera sólo respecto de ellos, nada más que en su condición de tales, y como consecuencia de las acciones u omisiones en que, mediando dolo o culpa, incurran al desempeñar dicha función, en razón del cual aquéllos deben responder por los perjuicios que ocasionen a la sociedad, sus socios o terceros, régimen que, cuando el administrador es una persona jurídica, se extiende solidariamente a su representante legal.

Sin duda, se trata de un régimen especial de responsabilidad civil cuyo propósito es brindarle a sus beneficiarios un mecanismo particular de reparación frente a las actuaciones de los administradores que afecten ilegítimamente sus derechos, y que, por sus características, no puede, ni debe confundirse con la estrictamente contractual -derivada de los conflictos que puedan presentarse entre los socios y la sociedad o de aquellos entre sí-, toda vez que dicha acción fue concebida como un instrumento adicional a ésta y porque la única razón de ser de la primera es el mandato expreso del legislador -que se activa

por el contrato social y la actuación de los administradores-, lo que significa que su configuración y su efectiva aplicación, en ningún caso, depende de la mera voluntad expresada en el contrato social, al punto que, como ya se transcribió, en el inciso final del artículo 200 del Código de Comercio se dispuso que “[s]e tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

En este orden de ideas, se debe destacar que las notas más significativas de la responsabilidad de que se trata y que, por lo tanto, permiten identificar su genuina naturaleza jurídica son las siguientes: se trata de un régimen particular de responsabilidad civil derivado del contrato social y de la actuación de sus administradores; los sujetos que en ella participan están definidos en la ley, en tanto que los titulares de la correspondiente pretensión resarcitoria son solamente la sociedad, los socios y los terceros con interés legítimo, mientras que los llamados a resistirla son quienes ostenten la calidad de administradores de la correspondiente persona jurídica, independientemente de que concurra en ellos la condición de socios; se deriva, exclusivamente, de los actos dolosos o culposos que éstos cometan en desarrollo de la administración que ejerzan, es decir, que el factor de atribución de la responsabilidad es de naturaleza subjetiva; en los supuestos de “incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos” y de que los administradores “hayan propuesto o ejecutado la decisión

sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia”, se presume su culpabilidad; y, en virtud de dicho sistema, los administradores están llamados a responder en forma personal, autónoma e ilimitada, esto es, con total independencia de la responsabilidad que como consecuencia de esos mismos actos pueda desprenderse para la sociedad, como persona jurídica independiente tanto de sus socios como de sus administradores.

Es que, como ya lo tiene establecido la Corte, “a la luz de los Arts. 200 y 832 del C. de Com. -el primero tanto en su redacción original como después de la modificación en dicho texto introducida por el Art. 24 de la L. 222 de 1994-, es entendido que entre otros supuestos que no necesitan ahora de comentario especial, consagra la legislación en favor de los acreedores de una sociedad mercantil, cuando los derechos de los que son titulares resulten lesionados como consecuencia de la actuación dolosa o simplemente culposa de los administradores y representantes de la compañía, un recurso **complementario** que les permite a los primeros dirigirse en acción individual de reparación de daños contra los segundos, sean estos personas naturales o entidades moralmente personificadas, para obtener la indemnización de los perjuicios así ocasionados, recurso que como es bien sabido, tiene su fundamento último en el mismo Art. 2341 del C. Civil, pues el sentido del Art. 200 del C. de Com. no es otro distinto, al hacer explícita la regla en referencia, que el otorgar a los susodichos acreedores un medio de protección directa cuya utilización, desde luego, no excluye la responsabilidad

orgánica de naturaleza contractual que pueda predicarse de la sociedad deudora, lo cual, valga advertirlo, no quiere significar en manera alguna que gracias a la disposición comentada, pueda entonces obtenerse doble indemnización para un único daño, sino que en su caso el acreedor perjudicado dispone de dos vías posibles de reclamación apoyadas en sus respectivos títulos, y si la sociedad en cuestión llega a verse forzada a pagar mediando malicia, negligencia no intencionada o simple imprudencia de sus administradores, le queda la posibilidad de resarcirse haciendo uso de la acción social de responsabilidad contra ellos que asimismo instituye el Art. 200 tantas veces citado” (Cas. Civ., sentencia del 19 de febrero de 1999, expediente No. 5099; subrayas y negrillas fuera del texto).

Con otras palabras, “al margen de la responsabilidad que a la persona jurídica podía corresponderle por los actos ejecutados por sus administradores, en el marco de sus atribuciones legales o estatutarias, también éstos podían ver comprometida su responsabilidad personal frente a la misma sociedad, los socios o terceros, tal y como ocurre bajo el régimen actual, cuando su obrar culpable, intencionado o no, se constituía en fuente de lesión de un derecho del cual fueren titulares aquellos (...). De acuerdo con los principios generales que gobiernan el régimen de la responsabilidad civil, el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de los administradores del ente social, es decir, de quienes tuvieren a su cargo la representación y el manejo de sus bienes y negocios, sea que desarrollaran funciones de representación

de la sociedad o solamente de gestión, estaba supeditado a que incurrieran en una acción u omisión dolosa o culposa, y que de ese comportamiento se derivara un daño para uno de los sujetos mencionados, es decir, que entre su conducta y el perjuicio ocasionado existiese una relación de causalidad adecuada, responsabilidad que debía y debe deducirse dentro del marco de la responsabilidad civil extracontractual, cuando el sujeto damnificado con la actuación del administrador de la empresa social es un tercero” (Cas. Civ., sentencia del 30 de marzo de 2005, expediente 9879; se subraya).

5. Siguiendo el hilo de la cuestión como se trae, propio es colegir, entonces, que por la remisión contenida en el ya invocado artículo 514 del Código de Comercio, es aplicable al contrato de cuentas en participación el comentado régimen especial de responsabilidad previsto en el artículo 200 *ibídem*, empero, como a continuación se puntualiza, adecuándolo a la naturaleza y características propias de este específico negocio jurídico.

En torno de las cuentas en participación, la doctrina jurisprudencial de la Sala tiene definido que se trata de un contrato “*de colaboración*”, “*de carácter consensual*” y en virtud del cual “*se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros*

permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida”, razón por la cual “su existencia, en principio, no se revela (...), pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta”, de donde “es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes”, las cuales “se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad”, sin que tenga lugar el “surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio” (Cas. Civ., sentencia del 4 de diciembre de 2008, expediente No. C-1100131030271992-09354-01).

No obstante esa singular textura del contrato de cuentas en participación, que, sin lugar a dudas, lo diferencia del de sociedad, principalmente porque, como ya se precisó, su celebración no da lugar al surgimiento de una persona jurídica, con todo lo que ello supone, es del caso señalar que en frente de dicho negocio jurídico se mantiene también un sistema dual de responsabilidad: por un lado, la propiamente contractual, derivada del negocio jurídico mismo, de la que son titulares la totalidad de los partícipes, incluso, el activo o gestor, y se dirige en contra del contratante que haya

incumplido sus deberes de prestación y con ello causado daños; y, por otro, la especial consagrada en el ya varias veces citado artículo 200 del Código de Comercio, que en el supuesto del contrato ahora examinado sólo opera en contra del partícipe activo o gestor, como administrador del negocio común, ya se trate de persona jurídica o natural, y del representante legal de aquella, por razón de los actos dolosos o culposos de su administración, y en beneficio de los partícipes inactivos y/o de los terceros a quienes, con ese actuar, aquél les hubiere irrogado algún perjuicio.

6. Se sigue de lo hasta aquí expuesto, la pertinencia e independencia de la acción intentada por la actora mediante la invocación de la pretensión subsidiaria, tal y como lo concluyó el Tribunal, y, además, que su configuración deriva, por una parte, de que la demandada, como partícipe activo y, por ende, administradora del negocio colectivamente buscado por los contratantes, hubiese incurrido en conductas dolosas o culposas en el cumplimiento de tal función, con infracción de sus deberes de conducta; por otra, que dicho proceder de la gestora hubiese producido un daño a la aquí demandante; y, finalmente, que entre la acción u omisión de aquélla y el perjuicio padecido por ésta, medie un nexo de causalidad adecuado.

7. Y ello es así, porque no obstante que el contrato base de la acción no pueda ser calificado, en estricto, como un contrato de “cuentas en participación”, habida cuenta que no está demostrado que, al momento de su celebración, la aquí demandante tuviera la condición de

comerciante, condición que expresamente establece el artículo 507 del Código de Comercio, lo que determina, por una parte, que ese negocio jurídico no califique en rigor como tal y, por otra, que deba tenersele como innominado o atípico, es patente, de un lado, según ya se indicó, que la conclusión del Tribunal a este respecto fue que el contrato se regía por las reglas de las cuentas en participación, conclusión que es inalterable para la Corte en esta sede extraordinaria por no haber sido asunto materia de la acusación, y, por otro, a que, en fin de cuentas, el negocio jurídico de que se trata está sometido a las normas de ese tipo contractual, por ser ellas las más próximas a su especial naturaleza, y que, como ya se analizó, en consideración al mandato del artículo 514 de la obra en cita, le sea aplicable el régimen especial de responsabilidad consagrado en el artículo 200 *ibídem*. Adicionalmente, no está de más destacar que en el texto del contrato celebrado por las partes se indicó que éste “se regirá en lo no previsto por los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, y subsidiariamente por las normas de la sociedad comandita simple y los artículos 1262 y ss. del Código de Comercio” (primera parte).

En cuanto hace al régimen legal aplicable a los contratos atípicos, tiene decantado la Sala que ellos “*se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual*

con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales (...). Relativamente al primer grupo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que deben aplicarse **analógicamente** las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo, algunos autores acogen el método denominado de la **absorción** según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente; mientras que otros acuden al criterio de la **combinación**, que busca la existencia de una estrecha relación del contrato singular -nominado- y las normas mediante las cuales éste está disciplinado por la ley (...)" (Cas. Civ., sentencia del 22 de octubre de 1991, expediente No. 5817).

Adicionalmente, observa la Corte que el carácter de "fundación" o "entidad sin ánimo de lucro" que ostenta Servivienda y el hecho de que, como tal, no busque con su actividad la obtención de utilidades sino la realización de propósitos de beneficio común, no es una circunstancia que impida aplicarle la especial responsabilidad desarrollada en el artículo 200 del Código de Comercio, si se tiene en cuenta, por una parte, que la utilización de dicho precepto en el caso *sub lite* deriva, fundamentalmente, de la naturaleza y del régimen jurídico aplicable al contrato base de la acción, el cual, además, según ya se ha señalado, fue acogido explícitamente por las partes en las estipulaciones por ellas convenidas, y, por otra, que en desarrollo de su objeto, conforme el cual tiene por fin "el desarrollo de programas integrales de vivienda al servicio de las clases populares",

aquella institución realiza variadas actividades de estirpe mercantil, las cuales, por ende, quedan sometidas a las normas legales que disciplinan esa específica materia.

8. El *ad quem* efectuó, en torno de la pretensión subsidiaria, el siguiente análisis:

8.1. En punto del primero de los aludidos elementos, con apoyo en la cláusula segunda del contrato base de la acción, estableció que Servivienda, como partícipe activo, por una parte, “era la encargada de conseguir los permisos, de adecuar el terreno para la construcción de las viviendas, de construirlas, de comercializarlas” y, por otra, que conforme se desprende de las pruebas recaudadas, “realizó ciertas actuaciones para el normal desarrollo del objeto del contrato que las partes denominaron ‘cuentas en participación’”.

Se detuvo en el trámite seguido para la obtención de la correspondiente licencia ambiental, cuestión sobre la que observó lo siguiente: que “se declaró iniciado el 6 de agosto de 1996, casi un año después de celebrado el contrato”; que “[e]l 2 de septiembre del mismo año, luego de una visita realizada al proyecto por parte de la Institución, se concluyó que ‘éste requiere sólo la elaboración y ejecución de un Plan de Manejo Ambiental adecuado, para tal efecto se anexan y entregan al usuario, los términos de referencia’”; que “[t]an sólo el 20 de febrero de 1997, se le entregó a la Corporación el referido plan, pero el 8 de abril de 1997, al evaluar[lo] (...), se manifestó que éste ‘presenta deficiencias

en el trabajo de campo y en los análisis de resultados, por lo tanto el estudio presentado no se acepta”, toda vez que “(...) ‘no cumple con los términos de referencia entregados por la Corporación en fecha septiembre 3 de 1996’”, exigiéndose su complementación e indicándose de qué manera ella debía efectuarse; que “[e]l 9 de septiembre de 1997 se revaluó la información aportada por Servivienda, pero se estableció que los requerimientos no fueron acatados por la gestora, ‘teniendo como resultado un estudio en el cual se plantean muchos problemas y pocas soluciones generales y ninguna local (...). En resumen, el estudio de suelos presentado se considera deficiente (...)’ y se explicó cómo complementarlo”; y que “[e]l 17 de abril de 1998 se evalúa el complemento al Plan de Manejo Ambiental, el cual fue aceptado y, mediante la resolución 2350 del 29 de mayo del mismo año, se otorgó la respectiva licencia ambiental (cfr. Fls. 60 a 85, c. 1)”.

Fincado en esas observaciones, coligió que “[e]s por lo anterior que la Sala considera que la demora en la consecución y tramitación de la licencia ambiental se debió precisamente a la administración negligente de Servivienda, que era la persona encargada de realizar todo lo concerniente a la consecución de los estudios y permisos. Nótese que en dos ocasiones fueron rechazados la documentación y los estudios aportados por ésta, por ser deficientes” (se subraya).

Más adelante precisó que “si bien la crisis del sector de la construcción y las altas tasas de interés no son imputables a Servivienda, su concomitancia con el fracaso del proyecto sí se le puede endilgar, debido a que el hecho de

aportar la documentación requerida por Corantioquia de forma deficiente e incompleta para obtener la licencia ambiental, influyó en que su otorgamiento ocurriera tan sólo en mayo de 1998, época en que el sector de la construcción se encontraba en crisis y era casi imposible obtener créditos para tal fin” (se subraya).

Añadió que “[l]a demandada Servivienda dispuso suspender las obras, incluyendo liquidación de deudas pendientes y dejando irresoluble la situación de la socia demandante, pese a que reconoció la colaboración y apoyo permanente de ésta. Se advierte que, pese al cumplimiento de algunas prestaciones, tal y como se expresó (...), se dio improvisación para la ejecución de otras, que no puede justificarse con circunstancias imprevisibles vinculadas a la crisis de la construcción y del sector financiero. La demora en el cumplimiento de un trámite y lo manifestado por el propio Gerente Regional de Servivienda, Francisco Restrepo P. el 28 de junio de 1999 de comunicar una suspensión, no pueden eximir a la demandada de responsabilidad para efectos de indemnizar unos perjuicios que se le han causado a la demandante” (se subraya).

8.2. En cuanto hace al demandado Carlos Mario Cárdenas Soto, afirmó que aunque éste manifestó haber sido “quien tomó la decisión de suspender definitivamente la obra”, el señor Francisco Restrepo, anterior representante legal de Servivienda, “en carta enviada a [su] Gerente General (...), reconoció que fue él quien adoptó esa determinación (fl. 54 vuelto, cd. 4)”.

Ante esas versiones contradictorias, “la Sala encuentra que la carta a la cual se hizo referencia fue elaborada el 28 de junio de 1999, es decir, antes de que Carlos Cárdenas ocupara el cargo de representante legal” de la precitada demandada, por lo que, para la fecha en la que él “inició su gestión como Gerente Regional de Antioquia (...), ya la obra se encontraba suspendida”.

Así las cosas, estableció, por una parte, que “[n]o se encuentra viable endilgar (...) al referido sujeto pasivo, una responsabilidad patrimonial y solidaria con la administradora (Servivienda), cuando no se confronta una actuación de representación única frente a las obligaciones de tracto sucesivo sobre las que se discute el supuesto incumplimiento y que se vinculan con la suspensión del proyecto de manera definitiva” y, por otra, que no existen “elementos de convicción que permitan inferir que durante el lapso en que Carlos Cárdenas ostentó el cargo de representante legal de Servivienda, haya ejecutado actos negligentes de los que se hubiera derivado un perjuicio patrimonial a la demandante”.

8.3. En tal orden de ideas, el *ad quem* prosiguió al estudio del elemento daño, pero sólo en relación con la Fundación Servicio de Vivienda Popular -Servivienda-, y sobre el particular apreció lo siguiente:

8.3.1. En respuesta al interrogante que planteó, consistente en cuáles fueron los perjuicios que se le causaron a la demandante por la advertida negligencia de Servivienda, el Tribunal aseveró que de conformidad con el artículo 200 del

Código de Comercio “no es viable reconocer, a título de perjuicios, los diversos conceptos que la actora vincul[ó] con la suma dejada de percibir al aportar el lote (lucro cesante), ni con el mismo aporte (daño emergente), ni con el valor real del aporte (\$40.000.000, valor inferior a los perjuicios patrimoniales que por daño emergente...se relaciona[ron] en la demanda), por cuanto, en el evento en que Servivienda hubie[se] actuado en forma diligente en su administración, Beatriz Montoya también [habría] dejado de percibir las sumas expuestas en la demanda”, tras lo cual resaltó que “al momento en que la actora realizó su aporte al contrato que denominaron ‘cuentas en participación’, se desprendió de esos rubros. Luego, se concluye, que aunque la administradora hubie[se] actuado de forma prudente, la demandante no [habría] obtenido los conceptos que expone como perjuicios, porque estos **NO** tienen vinculación directa con la administración negligente de Servivienda” (se subraya).

8.3.2. Señaló, además, que “[n]o resulta razonable, pese a lo manifestado por la demandante de que el bien aportado era tan costoso y productivo, [que] se imponga alguna prestación a Servivienda, máxime cuando la actora no logró ni definir la naturaleza del daño, ni acreditar su existencia” (se subraya), habida cuenta que “[n]o es posible vincular los presupuestos de los perjuicios [relacionados] con la disolución o terminación del contrato, con los perjuicios que eventualmente se pudieren ocasionar, por parte de Servivienda, con una administración negligente, tal y como lo permite el artículo 200 del Código de Comercio” (se subraya).

8.3.3. Y puntualizó que “[t]ampoco puede[n] reconocerse como perjuicio, conceptos que se vinculen directamente con una liquidación del contrato, ya que, para poderlo liquidar, es necesario que éste se haya disuelto o terminado previamente (...) Entonces, las sumas que por concepto de pérdidas o utilidades corresponda asumir a cada una de las partes, (...), debe ser analizada y discutida al momento de su liquidación, y no al momento de la decisión de una pretensión indemnizatoria como la planteada en este proceso, la cual tiene, como fundamento fáctico, unos supuestos de hecho diversos a los exigidos para la liquidación”.

8.3.4. Por último sostuvo que “[s]i bien el órgano jurisdiccional debe procurar una solución sustancialmente justa, es importante precisar que no puede apelarse a la justicia o a la equidad, desbordando el marco fáctico presentado por el actor”. Con otras palabras, “[n]o puede considerarse un daño distinto al esbozado en los hechos de la demanda, a lo que se suma el problema probatorio”.

8.3.5. Corolario de los precedentes razonamientos, el Tribunal negó el acogimiento de la pretensión subsidiaria también en relación con la citada demandada.

9. Fijados, como quedan, los alcances de la decisión del *ad quem* frente de la pretensión subsidiaria, debe destacarse que en ninguna de las acusaciones examinadas se controvirtió su desestimación respecto del demandado

Carlos Mario Cárdenas Soto, postura del recurrente que, por una parte, impide a la Corte revisar los argumentos que sustentan esa determinación y, por otra, traduce que ella habrá de mantenerse, sin modificaciones.

10. En lo atañadero con el fracaso de la pretensión subsidiaria frente a la Fundación Servicio de Vivienda Popular, que es la materia de los reproches elevados en los cargos auscultados, son necesarias las consideraciones que pasan a elucidarse.

10.1. Como se desprende del compendio que se consignó de los argumentos aducidos por el Tribunal en su fallo, dicha autoridad avizó, en primer lugar, que Servivienda, como administradora del proyecto objeto del contrato celebrado por las litigantes, actuó negligentemente en el trámite que adelantó para que se impartiera aprobación al Plan de Manejo Ambiental que era necesario para la ejecución del mismo, puesto que sus gestiones se dilataron en el tiempo y no fueron desde un comienzo eficaces en procura de dicho fin; y, en segundo lugar, que esa demora trajo consigo que para la época en que se expidió por Corantioquia la Resolución Administrativa No. 2350 del 29 de mayo de 1998, en que se adoptó dicha determinación, ya estuviera en crisis la industria de la construcción y, por ende, resultara imposible la consecución de recursos económicos para la financiación del proyecto, factores que fueron los que condujeron a que, mediante acto posterior, la susodicha accionada optara por suspenderlo definitivamente, planteamientos que tampoco fueron controvertidos por el

casacionista y que, por consiguiente, conservan toda su fuerza vinculante.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento del *ad quem*, propio es señalar, entonces, que el acto de negligencia que en la sentencia recurrida se imputó a la citada fundación -la tardanza con que procedió en la realización del aludido trámite-, trascendió a los resultados del contrato, toda vez que determinó que Servivienda, posteriormente, aunque fundada formalmente en otras razones, decidiera suspender definitivamente el proyecto que en el contrato base de la acción se denominó “Villas de Jericó”.

10.2. En ese orden de ideas, se concluye que el aludido proceder culposo de la demandada en cuestión, aunque no fue la causa exteriorizada para que ella, posteriormente, decidiera paralizar definitivamente el referido proyecto, sí provocó que las circunstancias que motivaron formalmente esa determinación -crisis de la construcción e imposibilidad de conseguir recursos para su financiación- incidieran de ese modo en el desenvolvimiento contractual, lo que pone en evidencia que la detectada falta de diligencia no fue una circunstancia inane sino que, por el contrario, afectó negativamente, en forma decisiva, el desarrollo del objeto del negocio jurídico materia del litigio.

10.3. Esa visión de lo acontecido deja al descubierto que la conducta culpable atribuida a Servivienda significó para la actora, en concreto, que resultaran afectados ilegítimamente sus derechos contractuales como

consecuencia del detenimiento del proyecto en sus inicios, toda vez que el fin perseguido con el negocio jurídico se frustró y, por lo mismo, no pudo llegarse a la fase de evaluar sus resultados económicos, sobre la base cierta de su efectiva ejecución, ni a establecerse si el negocio, luego de su completa culminación, hubiese arrojado ganancias o pérdidas para cada uno de los contratantes. Ese era el derecho de éstos y, adicionalmente, la razón y el objetivo, por una parte, de su decisión de vincularse al señalado proyecto y, por otra, del aporte que realizaron con el fin de participar en dicha operación comercial.

Así se desprende del contrato mismo, pues allí se convino que “los tres comerciantes (sic) contratantes toman interés en operaciones mercantiles determinadas, cuales son la adecuación, construcción, urbanización y mercadeo de viviendas de interés social en el municipio de Jericó (Antioquia) y concretamente en el predio que luego se especifica para ser ejecutadas por el partícipe gestor en su único nombre y bajo su crédito personal, con cargo de los tres partícipes en partes iguales, con la obligación de rendir cuenta y dividir con los partícipes inactivos los resultados del negocio en partes proporcionales a sus aportes” (punto 1º; se subraya); que era obligación de los partícipes inactivos, “[h]acer los aportes oportunamente en el fondo o cuenta especial que el Gestor destine para atender los gastos relacionados con la empresa” (literal a, punto 4º); que la contratante “Beatriz Eugenia Montoya Villa aporta de contado \$40.000.000, cuarenta millones de pesos, representados en el valor comercial del lote de terreno ubicado en el municipio de

Jericó, sector El Faro, sobre la carrera quinta, con una superficie de cuatro hectáreas, con todas sus mejoras y anexidades”, que seguidamente identificó por su linderos, “[p]ropiedad que traspasó al Gestor para que pueda cumplir su encargo” (literal c, punto 4º); y que “[l]a participación en las utilidades netas obtenidas será por partes proporcionales a la inversión y se liquidará al vender la totalidad de las unidades que conforman cada etapa, salvo que los partícipes quieran capitalizar o que el contrato termine antes, caso en que se liquidará proporcionalmente al período ejecutado” (punto 5º; se subraya).

Y así lo contempla la ley cuando establece que “[l]a participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos 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, C. de Co.; se subraya).

10.4. Se suma a lo expuesto que la ilícita afectación de los derechos contractuales de la accionante repercutió negativamente en su patrimonio, en la medida en que, como se infiere de lo convenido entre las partes y de la copia auténtica de la escritura pública No. 246 del 10 de julio de 1995, otorgada en la Notaría de Jericó, su participación dio lugar a que ella, para cumplir con el aporte a que se obligó, transfiriera a la gestora demandada el dominio de la finca que era de su propiedad, sin que a cambio nada recibiera, por

cuanto, como ya se destacó, el negocio proyectado no desarrolló ni se concluyó, tampoco operó la terminación del contrato y, por ende, no hubo, ni hay, lugar a su liquidación, sin que, entonces, la señora Montoya Villa pueda establecer si tiene derecho a recuperar su inversión y, adicionalmente, a percibir una utilidad o, por el contrario, le corresponde asumir alguna pérdida.

No pudiéndose confundir la comentada vulneración irrogada a los derechos de la demandante con la pérdida de la utilidad, propiamente dicha, que se hubiere podido derivar de la cabal ejecución del contrato, pues para cuando acaeció el comportamiento culpable de Servivienda, ese lucro era meramente eventual e incierto, toda vez que en ese momento sólo se habían realizado algunas acciones encaminadas a la construcción de las viviendas, las cuales eran del todo insuficientes para colegir que el negocio perseguido por los contratantes iba a producir ese resultado positivo, forzosas son las siguientes conclusiones:

10.4.1. En primer lugar, que si la demandante reclamó en la pretensión subsidiaria, a título de indemnización, el pago del valor, por una parte, del predio que ella aportó al negocio común, cuyo dominio traspasó a la Fundación Servicio de Vivienda Popular -daño emergente-, y, por otra, de los frutos que ese inmueble le hubiese reportado de haber continuado en su poder -lucro cesante-, ello significa que su pretensión resarcitoria, en esencia, apuntó a que la decisión judicial la deje en la situación en la que dicha contratante estaría si el contrato finalmente

frustrado nunca se hubiera celebrado, es decir, que retorne a su patrimonio lo que de éste salió como consecuencia de dicho negocio dispositivo e ingrese al mismo lo que él no pudo percibir por el hecho ilícito del demandado, como consecuencia de haber participado en el malogrado contrato base de este litigio -inversión-, petición que, al margen de que esté o no llamada a prosperar, no es merecedora de reproche en cuanto toca con su formulación.

Y ello es así, particularmente, por cuanto la demandante no está ejerciendo una acción de responsabilidad civil contractual en contra de quien fue su contratante, en cuanto tal, sino que está ejercitando, como ya se ha explicado, una acción de responsabilidad civil contra quien adelantó la administración del negocio inmobiliario finalmente frustrado, con fundamento en lo establecido en el artículo 200 del Código de Comercio, la que no depende, en general, de la subsistencia o aniquilación del contrato celebrado, ni de su liquidación, esto último, particularmente, porque la pretensión resarcitoria no está enderezada a obtener la indemnización del daño emergente o del lucro cesante derivados del incumplimiento de las obligaciones de Servivienda enderezadas a realizar la finalidad contractual, ni las indemnizaciones compensatorias o moratorias originadas en el incumplimiento de dicho negocio jurídico.

10.4.2 Y, en segundo término, que en este caso particular no era viable perseguir, con el fin de que se reparara el comentado daño, la utilidad esperada del negocio proyectado por los contratantes, puesto que, como ya se

observó, ella, conforme la evolución que tuvo el contrato, habría de considerarse como eventual e incierta.

10.4.3. En todo caso, es pertinente observar que de conformidad con los principios que informan la responsabilidad civil y los desarrollos legislativos que en nuestro ordenamiento se han presentado al respecto, la indemnización de perjuicios debe atender el criterio de *reparación integral* (art. 16, Ley 446 de 1998), del que se desprende, como una de sus derivaciones, que, de manera general, la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento para quien ha sufrido un daño, lo que conduce sostener que las reparaciones de daños que se obtengan en asuntos como el que se analiza, *v.gr.*, de los administradores a quienes se les imputa la responsabilidad civil reglada por el artículo 200 del C. de Co., y que resarzan integralmente los perjuicios padecidos por la víctima, obviamente no podrán ser perseguidas en otros procesos judiciales, así sean de diversa naturaleza, o, incluso, en trámites convencionales enderezados a la liquidación de los contratos en cuyo desarrollo tales perjuicios se hayan gestado.

11. Surge de las precedentes reflexiones que el Tribunal sí incurrió en los graves desatinos que le imputó el recurrente en los cargos examinados, como pasa a comprobarse.

11.1. El *ad quem* no podía, como lo hizo, desechar, con apoyo en el artículo 200 del Código de

Comercio, los conceptos alegados por la actora como perjuicios, habida cuenta que es ostensible que la citada norma no se ocupa de definir y, mucho menos, de restringir los daños susceptibles de ser indemnizados mediante la especial acción en ella consagrada, sino que, por el contrario, como ya se destacó, impone a los administradores el deber de responder por “los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”, expresión que por ser general permite inferir que se refiere a todos los que un comportamiento de ese linaje provoque en el afectado.

11.2. Se revela igualmente equivocada la conclusión a la que arribó el sentenciador de segunda instancia cuando, fincado también en el indicado precepto, aseveró que la merma patrimonial denunciada por la actora no fue causada por la negligencia atribuida a la Fundación Vivienda de Servicio Popular, toda vez que, como ya se analizó, la culpa en que ésta incurrió, como administradora del proyecto común (tardanza e ineficacia en el diligenciamiento del trámite para obtener la aprobación del Plan de Manejo Ambiental), pese a no haber sido la causa invocada para que la citada demandada decidiera luego suspender definitivamente las labores de construcción, no fue una actuación intrascendente para el desenvolvimiento contractual sino que, por el contrario, condujo a que el negocio jurídico celebrado por la partes se viera afectado por los factores que determinaron su posterior paralización, al punto que es dable sostener que en el supuesto de que Servivienda hubiese actuado con la prudencia y diligencia que le correspondía, el proyecto no se habría visto afectado por la crisis de la

construcción, ni por la falta de recursos para su financiación y, por lo mismo, se hubiese podido adelantar antes de que estos fenómenos se presentaran, permitiendo la normal terminación del contrato, su liquidación y que mediante ella los contratantes pudieran establecer, con exactitud, el resultado económico obtenido.

Por consiguiente, la actuación reprochada a la mencionada Fundación vulneró los derechos contractuales de la actora, de los que el sentenciador de segunda instancia no se percató por apreciar indebidamente el documento en que se recogió el negocio jurídico fuente de esta controversia, daño cuya reparación se hizo consistir, como se vio, en el reintegro al patrimonio de la accionante de los valores que de éste salieron o que no ingresaron como consecuencia de su participación en el tantas veces mencionado proyecto de construcción, afectación económica acreditada con la copia de la escritura pública No. 246 del 10 de julio de 1995 de la Notaría Única de Jericó, que la indicada autoridad tampoco valoró debidamente, y con el certificado de matrícula inmobiliaria del respectivo bien, que da cuenta del registro de esa mutación del dominio y, particularmente, de que el bien aún continúa en cabeza de la Fundación Servicio de Vivienda Popular, documento que el *ad quem* pasó por alto.

11.3. Menos acertada fue la consideración del Tribunal relativa a que lo reclamado por la demandante a título de indemnización corresponde a partidas o conceptos que sólo son susceptibles de establecerse en desarrollo de la liquidación del contrato, según ya se precisó.

Evidente resulta, entonces, que el daño cuya reparación persigue la accionante tiene autonomía propia y, por consiguiente, no está relacionado con los factores que pudieran ser la materia de la liquidación del contrato -aportes y gastos, activos y pasivos, utilidades o pérdidas, etc.-, ni requiere para su comprobación de que dicha liquidación ya se hubiese realizado, sin perjuicio de que cuando dicha labor se realice las indemnizaciones correspondientes deban tenerse en cuenta, según ya se ha precisado.

12. Corolario de lo expresado es que habrá de quebrarse el fallo impugnado, pero sólo con alcances parciales, esto es, únicamente respecto de la Fundación Servicio de Vivienda Popular -Servivienda- y en cuanto negó la prosperidad de la pretensión indemnizatoria presentada en forma subsidiaria.

13. En camino de proferir el correspondiente fallo sustitutivo, observa la Corte que en el diligenciamiento del proceso se incurrió en los siguientes errores: a) las actas contentivas de las audiencias practicadas los días 29 y 30 de junio de 2004 (fls. 3 a 7 y 22 a 27, cd. 2, respectivamente), en las que se recibieron, en la primera, el interrogatorio de parte de la demandada Fundación San Francisco de Sales, por intermedio de su representante legal, y, en la segunda, el testimonio del señor José Aldemar Criaes Vanegas, no fueron suscritas por la juez del conocimiento; y b) presentado que fue el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Orlando Parra Arcila y la aclaración y complementación que al mismo se hizo, el apoderado judicial

de Servivienda formuló objeción por error grave en relación con dichos trabajos (fls. 72 a 76 y 188 y 189, cd. 2), sin que sus reproches hubiesen recibido impulso alguno.

Así las cosas, antes de emitir la sentencia de reemplazo, es imperioso adoptar, con base en los artículos 37, numeral 4º, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, las medidas necesarias para subsanar tales anomalías, como se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2007 por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, en este proceso ordinario y, en sede de segunda instancia, antes de proferir el correspondiente fallo de reemplazo, al tenor de los artículos 37, numeral 4º, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, **RESUELVE:**

1. Ordenar que se repitan, en debida forma, las pruebas contenidas en las actas que el funcionario del conocimiento no suscribió, relacionadas en la parte final de las consideraciones de este pronunciamiento. Con ese objeto, se comisiona al Magistrado Ponente que conoció en segunda instancia del proceso. Líbrese el correspondiente despacho comisorio con los insertos y anexos necesarios.

2. De las objeciones que por error grave formuló la demandada Fundación Vivienda de Servicio Popular, Servivienda, contra el dictamen pericial rendido en el curso de lo actuado por el perito Orlando Parra Arcila (fls. 56 a 69, cd. 2) y contra la aclaración y complementación del mismo (fls. 182 a 186, cd. 2), contenidas en los escritos que militan a folios 72 a 76 y 188 y 189 del citado cuaderno, en la forma consagrada en el numeral 5º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, se corre traslado a la parte demandante por el término legal de tres (3) días.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

Ausencia justificada

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ