



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado ponente

SC2795-2024

Radicación n.º 11001-31-03-001-2018-00093-01

(Aprobado en sesión de diecinueve de septiembre de dos mil veinticuatro)

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la accionada principal, demandante en reconvención, Constructora Colpatria S.A., frente a la sentencia de 11 de noviembre de 2021 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal promovido por Unirep S.A.

I. EL LITIGIO

1. La accionante solicitó declarar que celebró un contrato de asesoría técnica, comercial y financiera con Constructora Colpatria S.A. y que esta lo incumplió al no pagarle toda la remuneración. Exigió US\$136.612,90 por la cuota onceava e igual cantidad por la doceava, convertidos a moneda legal colombiana con la tasa representativa del mercado al momento del pago, e intereses moratorios a la

tasa máxima legal para operaciones en dólares americanos desde el 19 de agosto de 2009, para el primer valor y desde el 16 de septiembre para el segundo.

Expuso que el 11 de junio de 2007 Unirep S.A., hizo oferta a Constructora Colpatria S.A., referida a la prestación de servicios de asesoría comercial, financiera y técnica en el *«proceso concursal en el cual participa la Constructora Colpatria y que tiene como fin el acompañamiento, la preparación, presentación de la oferta y acompañamiento durante la ejecución del puerto de propiedad de la empresa Complejo Portuario Industrial de Buenaventura S.A.»*.

En ese prospecto de negocio, la constructora debía pagarle una comisión de éxito *«equivalente a tres por ciento (3%) del costo directo del valor total de la obra que firme la Constructora Colpatria con la sociedad Complejo Portuario Industrial de Buenaventura SA.»*, el 20% de ese valor sería saldado 30 días después de suscrito el contrato y el 80% dentro de los 12 meses siguientes.

La Constructora Colpatria S.A. aceptó la oferta y la ejecutó. Suscribió el contrato del Proyecto Construcción Puerto de Buenaventura con la Sociedad Portuaria Terminal de Contenedores de Buenaventura S.A. por \$143.443'141.000. Asintió las diez facturas que Unirep S.A. le presentó por su gestión, que totalizaban US\$1'775.967,68, y las descargó a tiempo.

Desde mayo de 2009 dejó de darle información necesaria para continuar con la ejecución del contrato y denunció a la representante legal de Unirep S.A., *«por la presunta comisión de los delitos de estafa (...) alegando entre otras cosas que no se llevó a cabo la asesoría, pero se tramitaron y pagaron las cuentas de cobro»*. Esa indagación fue archivada por la Fiscalía 72 delegada ante los Tribunales de Bogotá, el 4 de noviembre de 2016, al no haber encontrado irregularidades.

Aunque la constructora no exteriorizó su intención de terminar el contrato, ni pretextó inconformidad frente a la labor pactada, dejó de amortizarle *«las sumas correspondientes a las cuotas onceava y doceava, que debía pagar el 15 de agosto de 2009 y el 15 de septiembre de 2009, respectivamente y tampoco ha pagado los intereses de mora desde que cada una de ellas se hizo exigible»* (fls. 152 a 176 y 185 a 189, cno.1, archivo digital).

2. La Constructora Colpatria S.A. se opuso y alegó:

«Falta de los requisitos mínimos de una oferta comercial al ser totalmente incierta e inexistente la fecha de remisión»; «falta de los requisitos mínimos de una oferta comercial»; «Falsedad en la fecha en que se habría aceptado la oferta»; «falta de aceptación expresa de la oferta»; «inexistencia de los requisitos legales de la oferta»; «incumplimiento de las obligaciones contenidas en la oferta»; «excepción de contrato no cumplido»; «falta de exigibilidad de las obligaciones pretendidas»; «terminación unilateral por Constructora Colpatria»; «terminación del contrato por parte de Constructora Colpatria y aceptación de la terminación»; «aceptación del demandante de la terminación»; «cobro de lo no debido»; «pago de lo no debido»; «inexistencia de conocimiento o experiencia en cabeza del demandante Unirep S.A. para prestar los servicios que reclama a Constructora Colpatria»; «falta de cobro de las obligaciones»; «nulidad absoluta del supuesto contrato»;

«nulidad relativa del supuesto contrato»; «prescripción de la acción de cobro de honorarios por servicios profesionales de carácter privado» e «improcedencia en la liquidación de los montos económicos reclamados» (fl.306 a 384, cno.1, archivo digital).

3. En escrito separado reconvino y pidió declarar que nunca aceptó expresamente la oferta de Unirep S.A., que los pagos efectuados carecen de causa jurídica debiéndole ser restituidos y que no está obligada a sufragar valores adicionales, sino que su contraparte debe cubrir el «*lucro cesante, la corrección monetaria y los intereses legales*» sobre el dinero indebidamente recibido. En su defecto, declarar la nulidad absoluta del acuerdo contenido en la oferta, «*por incapacidad de la sociedad extranjera para celebrar contratos válidos en Colombia*», o el incumplimiento de la oferta, atribuible a Unirep S.A. por desatender sus débitos y, en todo caso, rembolsarle lo pagado (fls. 3 a 23, cno.4, archivo digital).

La reconvenida se mostró en desacuerdo y excepcionó:

«*Existencia de la oferta mercantil y su aceptación por parte de Constructora Colpatria*»; «*contrato legalmente celebrado*»; «*cumplimiento del contrato por parte de (...) Unirep*»; «*las pretensiones de la demanda de reconvención desconocen el principio de buena fe con que deben ejecutarse los contratos y desconoce el postulado que prohíbe actuar en contra de los actos propios ejecutados por la parte*»; «*buena fe de Unirep*», y «*el pago hecho a favor de Unirep fue hecho conforme al contrato celebrado entre las partes*» (fls. 44 a 78, cno. 4, archivo digital).

4. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en fallo de 11 de febrero de 2020, negó las súplicas de la demanda principal, desestimó las excepciones enarboladas contra la reconvención y exoneró a la Constructora Colpatria

S.A. de la obligación de pagar los saldos reclamados. En esa línea, condenó a Unirep S.A. a reembolsarle US\$3'444.388,16 que le habrían sido sufragados sin causa, con corrección monetaria (fls. 788-789 cno.2, archivo digital).

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Al resolver la alzada de Unirep S.A., el Tribunal, en sentencia de 11 de noviembre de 2021, revocó lo decidido por el juzgador *a quo*. En su lugar, declaró que Constructora Colpatria S.A. incumplió el contrato de 11 de junio de 2007 y le ordenó pagar los saldos solicitados con réditos moratorios, liquidados a la tasa máxima comercial, para lo cual expuso:

Los presupuestos de la responsabilidad civil contractual son la existencia de un contrato y su incumplimiento culposo por el deudor, el daño irrogado al acreedor y el nexo causal entre aquel y este.

Identificada la relación jurídica que existió entre las partes, se establece que Unirep atendió sus obligaciones, pues de lo contrario sería inexplicable por qué la Constructora Colpatria S.A. le pagó casi todo el precio pactado. La cláusula décima de la oferta le otorgó a dicha constructora la prerrogativa de «[...] *dar por terminada la prestación de la asesoría o acompañamiento dando aviso escrito al oferente con al menos cinco (5) días de anticipación a la fecha efectiva de terminación de la asesoría, con el propósito de que el oferente tenga la oportunidad de tomar*

acción correctiva. Si tal acción correctiva no es tomada, se dará por terminada la prestación de la asesoría» si la oferente incumplía sus obligaciones, sin que esté acreditado el ejercicio de ese privilegio.

Queda sin bases la postura de la Constructora y ello es suficiente para dar por establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil contractual. Esto, al ser innegable el daño o perjuicio ocasionado a Unirep S.A., pues de forma injustificada se le privó del pago de las dos últimas cuotas pactadas, lo cual fue consecuencia del incumplimiento de su contraparte. Por lo tanto, prospera la acción principal y se ordenará el pago de las dos cuotas reclamadas con intereses de mora, pero sin indexación al haber sido pactadas en dólares y porque una de las partes no es residente en el país, ante lo cual es inaplicable la Resolución Externa n.º 53 de 1992 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Frente a la reconvención hay que decir que el documento titulado oferta contiene un contrato de asesoría, sin que ese negocio se invalide porque Unirep S.A., sea una sociedad panameña y carezca de sucursal en Colombia, pues ese pacto tenía carácter transitorio y por ello esta no requería autorización de ninguna entidad gubernamental, ni debía crear una sede en el territorio nacional.

No se probó que Unirep S.A. haya incumplido sus obligaciones. Frente a esto, la declarante Alicia Naranjo, Vicepresidente de Infraestructura y Concesiones de la Constructora Colpatria, indicó que laboró en el Invias y

conocía bien el tema de las concesiones, tanto así que Andrés Camargo la llevó a la Constructora Colpatria en abril de 2006 para que creara el área de Infraestructura y Concesiones, pues hasta ese entonces tal entidad se dedicaba solo a construir viviendas, narró que en febrero de 2007 le dieron representación legal para suscribir toda clase de contratos.

Añadió que muchas personas acudían a esa constructora para consolidar alianzas estratégicas y que, al carecer de experiencia en infraestructura, esta necesitaba unirse a quienes si la tuvieran a fin de participar en licitaciones públicas y privadas. Que en una ocasión se reunieron con Harry Beda, quien le dijo que tenía una empresa llamada Unirep S.A. y podía hacer que los invitaran a una subasta. Dijo que, tras ser convocados, Unirep S.A. comenzó el acompañamiento financiero y técnico en julio de 2007. Agregó que como la Constructora Colpatria presentó la mejor propuesta ganó la licitación y en mayo de 2008 firmó contrato. Destacó que Unirep S.A. asistía a las reuniones, les explicaba cómo tenían que construir, prestaba el asesoramiento necesario en el tema de los pilotes e hizo una gestión importante para resolver una dificultad sobre la variación de la tasa representativa del mercado, al punto que su labor fue meritoria y llevó a que se le entregara a la Constructora un anticipo del 50% para iniciar la labor.

Ese relato coincide con el del representante legal de Unirep S.A. cuando fue interrogado, así como con las manifestaciones del declarante Camilo Gómez Álzate respecto a que Harry Beda los contactó para saber si era

posible que, en la fase en que se hallaba el proceso de la licitación privada, se vinculara a otra compañía y les propuso invitar a la Constructora Colpatria S.A., a lo cual agregó que «*Se reunieron con el gerente de esa firma constructora y con [...] Ángel Pérez Maura, y se aceptó la incursión de Colpatria, atendiendo su trayectoria*». Expresó también que «*la tasa de cambio era un problema en el contrato porque había mucha inestabilidad, situación que por poco trunca la negociación, pero que el señor Beda intervino dando fórmulas cambiarias y, además, desplegó gestiones para solucionar el tema que se presentó con los pilotos*». Finalmente, este testigo afirmó que no se favoreció a nadie y que fue gracias a que Harry Beda llevó a la Constructora Colpatria S.A. que esta construyó el puerto, lo cual es concordante con la versión de Juan Manuel Barraza, quien dio detalles de la negociación.

Esas pruebas desvirtúan lo concluido por el *a quo* y hacen ver que Unirep S.A. atendió los compromisos asumidos al suscribir el contrato, sobre todo porque en la cláusula segunda la única obligación que asumió fue la de prestar asesoría técnica, comercial y financiera respecto del proceso de selección mencionado, así como adelantar todos los contratos pendientes con el cliente y estudiar con la constructora todas las propuestas técnicas a presentar con sus debidos flujos de caja y, en general, a manejar todos los aspectos tendientes a la negociación de esta para llevar a cabo las obras específicas del proyecto. Se observa que Alicia Arango en su declaración dijo que el negocio de Unirep S.A. iba hasta la adjudicación del proyecto. Ello se fortalece al tener en cuenta que la Constructora Colpatria le pagó la

mayor parte del precio del contrato y solo quedaron pendientes dos de las doce cuotas mensuales pactadas. Ese panorama indica que la contratista sí cumplió, pues de lo contrario la contratante no habría atendido gran parte de la contraprestación convenida.

Carece de justificación que la constructora diga que esos pagos se hicieron sin saber de la existencia del contrato, pues tiene diversas áreas [financiera, de control, de infraestructura] ligadas entre sí y sujetas a la vigilancia por parte de su presidencia, tanto así que hay soporte de las autorizaciones de pago dadas por el área respectiva tras verificar que Unirep S.A. estaba registrada como un servicio de asesoría comercial, financiera y técnica del puerto. Este hallazgo se refuerza con la declaración de Andrea Liliana Ibáñez Galvis, gerente financiera en esa época, quien habló de los pagos realizados a Unirep S.A. sobre los cuales tenía conocimiento directo. También aparece la versión de Milady Johana Alvarado, quien era la revisora fiscal, y dijo no haber advertido ninguna anomalía en esos desembolsos.

Si la Constructora Colpatria S.A. pagó sin reparo gran parte del precio, ello es muestra de conformidad con el cumplimiento de Unirep S.A. que se había comprometido a lograr que aquella fuera invitada a participar en la licitación privada, así como a que obtuviera el contrato para construir el puerto. Los «*consumibles*» o «*entregables*» que el *a quo* señaló como faltantes para argumentar el incumplimiento del contrato por Unirep S.A. y a los cuales se refirió Luz Amparo Polanía en su declaración como presidenta de la

Constructora Colpatria en esa época, no tenían por qué ser entregados, dado que no fueron pactados en la negociación.

Por lo tanto, se revoca la sentencia apelada y, en su lugar, se accede a las pretensiones de Unirep S.A., es decir, se condena a la Constructora Colpatria S.A. a pagarle el capital reclamado y los intereses de mora sobre esos valores.

En auto de 9 de diciembre de 2021 resolvió la solicitud de aclaración hecha por Unirep S.A. e indicó que los intereses de mora serán liquidados al tenor del artículo 884 del Código de Comercio, en armonía con los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, toda vez que el Banco de la República no ha previsto tasas específicas para liquidar los de operaciones en las que uno de los involucrados sea residente extranjero (fls. 272 a 276, cno.005 archivo digital).

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La Constructora Colpatria SA., formuló tres cargos, dos al amparo de la causal segunda y el restante por la vía primera del artículo 336 del Código General del Proceso.

La Corte desatará conjuntamente los iniciales porque alegan errores probatorios que desvirtuarían uno de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, lo cual significa que tienen efectos totalizadores, pues de salir airosos derrumbarían la tesis central de la sentencia del Tribunal, de ahí que ameriten razonamientos comunes. Si ninguno progresa, al final, zanjará el tercero.

CARGO PRIMERO

Por la vía segunda de casación, acusó al *ad quem* de infringir indirectamente los artículos 1546, 1602, 1603, 1620, 1622 y 2063 del Código Civil; y 870 y 968 del Código de Comercio, como consecuencia de error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de las pruebas, al dar por demostrado que Unirep S.A. cumplió sus compromisos, aun cuando las pruebas muestran que no ejecutó ni uno solo. Según el cargo, el Tribunal:

Erró al apreciar las cláusulas primera y segunda del contrato mercantil de asesoría técnica, comercial y financiera, ya que estimó que las obligaciones de Unirep S.A. iban hasta la adjudicación del proyecto de construcción del puerto sin advertir que, según la primera de esas estipulaciones, debía brindar asesoría y acompañar a la Constructora en la ejecución del puerto de propiedad del Complejo Portuario Industrial de Buenaventura S.A., sin que haya acreditado esa labor, además no desvirtuó la negación que en tal sentido realizó Constructora Colpatria S.A.

Inadvirtió que Unirep SA. no demostró que prestó asesoría comercial, financiera y técnica en el concurso en que participó Constructora Colpatria SA., ni acreditó haber observado los acuerdos sobre cronogramas, estrategias técnicas, comerciales y financieras, presupuesto, plan de tareas de soporte en periodos mensuales y los informes de gestión necesarios para la correcta preparación,

presentación y seguimiento en el caso de que a su contraparte le fuera adjudicada la licitación.

Varió el objeto del contrato de asesoría técnica, comercial y financiera que suponía realizar gestiones y entrega de estudios, informes y tareas para construir el puerto, por uno de comisión, cuya única obligación de Unirep S.A. era acercar a la constructora a la firma dueña del puerto, en contravía de lo pactado, desacierto con el cual alteró las prestaciones asumidas por las partes.

Relegó la falta de imparcialidad de la declarante Alicia Arango, al ser quien hizo el contrato. La obligación de Unirep no consistía en asistir a las reuniones, de ahí que lo expuesto por esta deponente ninguna relevancia tuvo frente a la acreditación del cumplimiento de los deberes de esa entidad. Tampoco tiene credibilidad lo que dijo acerca de que esa empresa le indicaba a la constructora *«cómo tenía que construir»* y que *«prestaba el asesoramiento necesario en el tema de los pilotes»* porque ninguno de esos aportes podía hacer tal compañía ya que su objeto social no estaba relacionado con las actividades de construcción, de ahí lo insostenible que resultó la aludida declaración.

Se contradijo al decir que Unirep asesoró a Constructora Colpatria S.A. en la edificación del puerto, a pesar de que en un párrafo anterior sostuvo que las obligaciones de aquella no iban más allá de acercar a las partes en la fase de adjudicación de esa obra.

Tergiversó el relato de Camilo Gómez Álzate, pues extrajo que Unirep S.A. satisfizo sus débitos aun cuando este declarante ninguna alusión efectuó respecto del cumplimiento de las obligaciones que esa empresa adquirió en el acuerdo de asesoría técnica, comercial y financiera.

Alteró el testimonio de Juan Manuel Barraza al decir que se refirió a los pormenores del negocio. Empero, esa escueta manifestación del tribunal ni siquiera hizo ver cuáles habrían sido los supuestos detalles del contrato ni precisó las conclusiones extraídas de ese relato, de ahí el desacierto en su valoración por falta de motivación sobre su análisis.

Pretirió el testimonio de Andrea Liliana Ibáñez Galvis, quien indicó que las órdenes de pago de las facturas presentadas por Unirep S.A. venían con autorización de Alicia Arango, que era la vicepresidente y representante legal de la constructora y que, por ello, la gerencia financiera de esta no verificaba la realización de las obligaciones de la creadora, sino que las pagaba por orden de la señora Arango como supervisora del contrato. Esta prueba es relevante porque muestra que, según la estructura organizacional de Constructora Colpatria S.A., para la época de los hechos, era posible que esta hiciera desembolsos sin contraprestación, pues bastaba que fueran autorizados por el supervisor, que en el caso era Alicia Arango, de ahí el desacierto del Tribunal respecto a que si hubo 10 pagos fue porque existió alguna contraprestación por los servicios cobrados.

Omitió la versión de Luz Amparo Polanía y de Néstor Andrés Abella que evidencian la falta de contraprestación o servicio de Unirep que justificaran los pagos hechos y falló con base en suposiciones y conjeturas, pues la retribución de una parte del precio jamás ha sido prueba, ni siquiera circunstancial del cumplimiento de una obligación. Además, si la Constructora no usó la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento no significa que Unirep S.A., haya honrado sus débitos. La solución correcta imponía resolver el contrato por desatención de la reconvenida, al ser esa la única salida con sustento probatorio.

CARGO SEGUNDO

Denunció la infracción indirecta de los artículos 1546, 1602, 1603, 1620, 1622 y 2063 del Código Civil; y 870 y 968 del C. de Comercio, a causa de errores de derecho por desconocer los artículos 164, 167, 176 y 221 del Código General del Proceso, porque no hay ni una sola prueba que permita inferir que Unirep SA., cumplió sus obligaciones.

De haber aplicado las reglas de la carga de la prueba, el tribunal habría concluido que Unirep no demostró haber cumplido sus débitos, pues faltó al deber de acompañamiento a la constructora en la preparación y presentación de la oferta; tampoco intervino en la ejecución del puerto de Buenaventura, como lo exigía la cláusula primera. Además, no presentó cronogramas, estrategias técnicas, comerciales y financieras, presupuesto, plan de tareas de soporte en períodos mensuales ni los informes de

gestión necesarios para la correcta preparación, presentación y seguimiento, como se estipuló en el inciso segundo de la cláusula primera.

Esa regla probatoria le imponía al *ad quem* aplicar el artículo 870 del Código de Comercio, en el sentido de resolver el contrato de asesoría por incumplimiento de la contratista, y hacía ver que los tres testimonios en los que se apoyó son vagos, imprecisos e inexactos, aunado a que no fueron imparciales sino cercanos a Unirep y a su representante legal, que fue quien fraguó el *ardid* para defraudar patrimonialmente a Constructora Colpatria S.A.

CONSIDERACIONES

1. El principio de autonomía de la voluntad es pieza clave en la contratación privada contemporánea, ya que otorga a las partes la posibilidad de regular sus intereses de manera válida y coercible, siempre que se respeten los límites del orden público, el *ius cogens* y las buenas costumbres.

Ese axioma, conocido como *pacta sunt servanda*, está reconocido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor «[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». Se trata, *stricto sensu*, de un postulado cardinal en la configuración de las relaciones jurídicas contractuales. Esto porque asegura que lo convenido sea vinculante para las partes y habilita a quien cumplió en tiempo o estuvo dispuesto a hacerlo para exigirle

las indemnizaciones correspondientes a quien infringió sus compromisos o los atendió de forma imperfecta o tardía.

Al analizar ese ordenamiento legal, en la CSJ SC1962-2022 se expresó que:

Esa norma determina la fuerza vinculante, obligatoria y coercible del acuerdo de voluntades, al advertir que si a él se llega de forma válida «no podrá ser derogado sino por causas legales o por mutuo consentimiento», lo que significa que ninguno de los contratantes puede separarse -total o parcialmente- del programa obligacional, so pena de infringir sus compromisos; en cuyo caso, la otra parte, que sí satisfizo o estuvo dispuesta a atender los suyos en la forma y tiempo debido, tiene a su disposición diversos remedios contractuales de carácter jurídico, ya que puede exigir la realización de lo pactado u optar por su extinción mediante la resolución o la terminación (arts. 1546 C.C. y 870 C. de Co.) según proceda, y reclamar, asimismo, la reparación del demérito sufrido.

Se enfatiza así que, en el ámbito del derecho privado, los contratantes pueden regular válidamente sus intereses dentro de los límites legales (art. 16 CC). Por consiguiente, al establecer una relación jurídica contractual ejercen su autonomía para configurar y definir el programa obligacional que desean cumplir en virtud de la libertad de regulación y autogobierno reconocida por el Estado a los particulares.

Por lo general, los términos del negocio determinan su objeto y el alcance de lo convenido, así como los deberes de conducta de cada integrante. Sin embargo, cuando lo pactado es ambiguo, impreciso e ininteligible, resulta necesario aplicar métodos hermenéuticos correctivos para superar esa falta de claridad y comprender adecuadamente la intención de las partes respecto al acuerdo de voluntades.

Con ese fin, el ordenamiento legal establece varios sistemas interpretativos. El Código Civil, desde el artículo 1618 hasta el 1624, proporciona un catálogo de reglas hermenéuticas que guían al juez en la labor de resolver la obscuridad advertida al escudriñar un negocio jurídico.

Así, en la CSJ SC 18 feb. 2003, rad. 6806 se precisó:

(...) la interpretación de los contratos es cuestión librada por el legislador a la autonomía del juzgador, para lo cual lo ha dotado de una serie de pautas o directrices encaminadas a guiarlo en su tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, descubrir la genuina voluntad que las animó al celebrar el contrato e identificar los fines perseguidos al ajustarlo, con el objetivo de imprimir eficacia a la voluntad negocial. Entre esas reglas, cabe destacar por lo que al caso interesan, las previstas por los artículos 1618, 1620 y 1621 del Código Civil.

Eso mismo se volvió a decir en la CSJ SC069-2023:

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

Esas pautas interpretativas son características del sistema civil del siglo XIX o decimonónico. No obstante, siguen siendo relevantes y se aplican también al derecho mercantil por virtud del principio de remisión establecido en el artículo 822 del Código de Comercio que actúa como puente comunicante entre ambas legislaciones.

Lo anterior resulta relevante, dado que las partes pueden regular sus intereses a través de los esquemas contractuales del Código Civil, del de Comercio y de otros regímenes del sistema jurídico nacional. También tienen la libertad de elegir formas jurídicas alternativas, incluso si carecen de regulación específica, lo que puede llevar a la creación de contratos atípicos. Esta última opción no desvirtúa la validez ni la obligatoriedad del convenio, siempre que cumpla los requisitos legales mínimos de cualquier contrato. En tal caso, lo consentido se vuelve obligatorio, coercible y vinculante para quienes lo acordaron.

2. En los dos primeros cargos la Constructora Colpatria S.A. disputa la tesis central del Tribunal, según la cual Unirep S.A. cumplió sus obligaciones y tiene derecho al pago total de la remuneración pactada en el contrato de asesoría comercial, técnica y financiera, para lo cual argumenta que ninguna prueba respalda tal conclusión y que el fallador distorsionó sus cláusulas primera y segunda, pues alteró los deberes de la contratista.

3. La infracción de la ley sustancial puede ocurrir de forma directa o indirecta. Esta última modalidad, que fue la invocada, está regulada por el Código General del Proceso en la segunda causal de casación y acaece cuando el fallador comete error de hecho o de derecho. En el primero, el dislate se manifiesta en la ponderación objetiva de la prueba, la demanda o su contestación, por cercenamiento, adición o tergiversación. En el segundo la mácula ocurre en la fase de la contemplación jurídica de la prueba. En cualquiera de esos

supuestos, el desacierto, además de manifiesto y contraevidente, debe haber impactado la decisión, es decir, tiene que ser trascendente.

Acorde con esos parámetros técnicos, la adecuada proposición de un cargo soportado en la comisión de un desatino de hecho le impone al recurrente individualizar las pruebas mal apreciadas, ya sea por omisión, suposición o desfiguración de su contenido, y efectuar la labor de parangón entre lo que demuestran y lo que dedujo o inadvirtió el juzgador, pues a partir de ese laborío debe salir a la luz la apreciación contraevidente y trascendente, sin perjuicio de enfocar la acusación a desvirtuar todas las premisas del fallo, de modo que el embiste sea totalizador y mine su núcleo argumentativo. Si la pifia fue de derecho, debe hacer ver que el fallador erró en la ponderación jurídica de la prueba al asignarle valor a la que estaba desprovista de él por no satisfacer las reglas sobre su aducción, solicitud, decreto o práctica, ora por quitárselo a la que sí cumple tales exigencias, so pretexto de no cumplirlas, así como por valorarla de forma aislada.

Sobre este aspecto, en la CSJ SC1468-2024 se enfatizó que al aducir yerros probatorios «*la labor del impugnante ‘no puede reducirse a una simple exposición de puntos de vista antagónicos, fruto de razonamientos o lucubraciones meticulosas y detalladas, porque en tal evento el error dejaría de ser evidente o manifiesto conforme lo exige la ley’*» (CSJ, SC 15 jul. 2008, Rad. 2000-00257-01, CSJ SC 20 Mar. 2013, Rad. 1995-00037-01, SC2501-2021 y SC4127-2021).

4. A partir de esas premisas generales, la Sala descarta la existencia de los yerros de *facto* y de *iure* atribuidos al Tribunal.

Ese juzgador concluyó que el documento denominado oferta constituye un contrato de asesoría comercial, técnica y financiera, sin que esa premisa haya sido cuestionada en casación, ante lo cual se exhibe intangible para la Corte.

Hecha esa precisión, se procede a hacer el cotejo respectivo. Con ese fin, se transcriben las estipulaciones primera y segunda del contrato en cuestión:

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO. [...] [Unirep S.A.] *de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación laboral respecto de la Constructora Colpatria S.A.S. se compromete a prestar asesoría comercial, financiera y técnica dentro del proceso concursal en el cual participa la Constructora Colpatria S.A.S. y que tiene como fin el acompañamiento en la preparación, presentación de la oferta y acompañamiento durante la ejecución del contrato. En el proceso y seguimiento en caso de salir favorecido en la construcción del puerto de propiedad de la empresa Complejo Portuario Industrial De Buenaventura S.A. a desarrollarse en el Municipio de Buenaventura, Colombia.*

La Gerencia Administrativa, Técnica y/o Comercial de la Constructora Colpatria S.A.S. y [Unirep S.A.] establecerán acuerdos sobre los cronogramas, estrategias técnicas, comerciales y financieras, presupuesto, plan de tareas de soporte en períodos mensuales y los informes de gestión que sean necesarios para la correcta preparación y presentación y seguimiento en el caso de ser adjudicatarios del contrato de Construcción del Puerto Industrial de Buenaventura

CLÁUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES DE UNIREP. *Prestándose por ende la asesoría y acompañamiento técnico, comercial y financiero contemplada (sic) en el término primero (...), [Unirep S.A.] se compromete a: 1) Prestar asesoría técnica,*

comercial y financiera respecto del proceso concursal mencionado, adelantando todos los contactos pertinentes con el cliente (sociedad propietaria del futuro terminal de contenedores), estudiado (sic) con la Constructora las diferentes propuestas técnicas a presentar con sus debidos flujos de caja y en general manejando todos los aspectos tendientes a la contratación de la Constructora Colpatria S.A.S. para adelantar las obras específicas involucradas en el desarrollo del proyecto» (fl. 24 a 30. cno. 1, archivo digital).

La discrepancia central entre las disposiciones contractuales reproducidas y las objeciones de la Constructora Colpatria S.A. tiene como núcleo la interpretación que el Tribunal le otorgó a los compromisos adquiridos por Unirep S.A., en contraste con la posición asumida por la casacionista. Esto porque ese fallador asumió que esta última solo se comprometió a asesorar a la primera en la presentación de la propuesta para que participara en el proceso privado de selección del contratista encargado de construir el Terminal de Contenedores de Buenaventura y concluyó que cumplió esas obligaciones al facilitar la adjudicación de la obra a dicha postulante, pues su intervención fue decisiva en ese propósito. En contraste, la recurrente argumenta que tal interpretación es limitada, está fuera de contexto y contradice la cláusula primera del contrato que establece obligaciones continuas de asesoría durante la ejecución del puerto del Complejo Portuario Industrial de Buenaventura S.A.

Una lectura literal de la cláusula primera del contrato confirmaría la hipótesis de la Constructora Colpatria S.A., pues indica que Unirep S.A. se habría obligado a prestar asesoría comercial, financiera y técnica, así como a

acompañarla durante la ejecución del contrato en caso de que le fuera adjudicado el proyecto para construir el puerto de Buenaventura, tesis que se refuerza con los acuerdos detallados sobre cronogramas, estrategias técnicas, comerciales y financieras, así como reportes y seguimiento mensual.

Sin embargo, junto con esta evidencia documental, también se deben considerar otras pruebas que le hicieron ver al Tribunal que esa cláusula no refleja de forma exacta y fidedigna la verdadera intención de las partes. Tal razonamiento no asoma desfasado, pues hay situaciones en las que el texto literal de un contrato no coincide con la voluntad de las partes, como acontece cuando estas consignan algo diferente a lo que realmente planean ejecutar, ya sea de manera intencional o por descuidos en la redacción del acuerdo, lo que genera una estructura obligacional oscura, ambigua e inteligible que dificulta la comprensión de lo estipulado.

Aunque siempre se espera que el contenido del contrato refleje fielmente la voluntad de las partes involucradas, en ocasiones su texto literal puede diferir, en mayor o menor medida, de lo anhelado por ellas. En tal hipótesis, el análisis probatorio será determinante para establecer si existe alguna discrepancia entre lo formalizado y lo pretendido por los contratantes, lo cual permitirá al juez determinar las implicaciones correspondientes frente al temario materia de la disputa.

Precisamente, en la CSJ SC6227-2016 se recordó que:

En el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’ (artículo 1618 del Código Civil). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidos en el Código Civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual. Se ha indicado, igualmente, como ya se anotó, que la búsqueda de la común intención de los contratantes no está condicionada a que la manifestación sea oscura o ambigua, toda vez que la citada labor será igualmente indispensable si, a pesar de la claridad en la expresión literal de las estipulaciones, existe una voluntad común diferente y esta es conocida. Ahora bien, ‘cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación (Cas. Civ. 5 de julio de 1983, Pág. 14, reiterada en Cas. Civ. de 1º de agosto de 2002. Expediente No. 6907). Es, en todo caso, necesario que la claridad en el sentido de las expresiones utilizadas surja del examen que el intérprete realice de su utilización en el contexto en el que las partes han contratado, pues, además de auscultarse el sentido natural y obvio de las palabras, menester será, en algunas ocasiones, acudir a las diversas acepciones que las mismas tengan, o al significado técnico que en tal contexto se les asigne, o, incluso, al sentido que los contratantes les hayan dado en otras oportunidades... (CSJ SCC de 19 de diciembre de 2008, Rad. 2000-00075-01).

Esta precisión es crucial dado que el Tribunal estableció que el texto explícito de la cláusula primera del contrato de asesoría técnica, comercial y financiera, particularmente en lo referente a los compromisos asumidos por Unirep S.A., no concuerda verdaderamente con la voluntad real de las partes, ya que existen otros elementos probatorios que ponen al descubierto esa discordancia.

A esa conclusión arribó tras advertir que las personas naturales que actuaron como representantes de las partes en la celebración del contrato, a saber: Harry Beda Malca, por parte de Unirep S.A. y Alicia María de Jesús Naranjo Uribe, en nombre de la Constructora Colpatria S.A., coincidieron al declarar que estuvieron de acuerdo en que la primera asesoraría a dicha proponente en la presentación de una propuesta para permitir su participación en el proceso privado de selección del Terminal de Contenedores de Buenaventura y que este servicio culminó con el cierre del proceso concursal y la adjudicación de la obra a tal compañía, lo que justificó el pago de la remuneración.

Para darle solidez a ese hallazgo, Harry Beda Malca, en la audiencia de 10 de abril de 2019, sostuvo:

(...) nosotros contactamos a la Constructora Colpatria, yo personalmente, a ofrecerles la posibilidad de que utilizaran nuestros servicios para gestionar o participar en un proyecto para la construcción en un puerto en Buenaventura. La gestión nuestra, principal, era asesorarlos en la consecución de ese contrato. Entonces, la Constructora Colpatria aceptó nuestra oferta de servicios y se firmó un acuerdo de servicios de la sociedad Unirep que yo represento a la Constructora Colpatria. Se gestionó ante la sociedad Pérez & Compañía, que eran en ese momento los dueños del puerto de Buenaventura, había[n] otros socios, pero ellos tenían control mayoritario y tenían el manejo operativo. Entonces, se gestionó, se asesoró a la Constructora Colpatria sobre distintos temas, en la presentación de la oferta. Había un tema muy sensible que era el tema cambiario, considerando que era un proyecto a dos años de plazo con peligros de devaluación. También se evaluaron temas de licencias ambientales, licencias operativas, es decir, de una serie de temas que teníamos que incluir en la oferta. Finalmente, la Constructora Colpatria fue favorecida con el contrato. Contrato que se desarrolló en su totalidad, nosotros asesoramos a la Constructora muchísimo más al principio en el proceso de negociación y de solución de problemas, como le digo, cambiarios jurídicos que presentaba el proyecto, y posteriormente hicimos algún acompañamiento en la parte técnica en la medida en que la Constructora nos lo fuera solicitando, aclarándole al

despacho que la Constructora era libre de pedir la asesoría que necesitaría y las que pidió, pues se las dimos, en mi opinión, a satisfacción. La constructora recibió el pago completo por la obra y le pagó a Unirep el 3% del costo de la obra, que en ese momento aproximadamente equivalía a 68 millones de dólares. Se pactó el 3% sobre el costo directo, es decir, excluyendo los gastos administrativos e indirectos de la constructora, y nos pagaron en un pacto de pagos a un año porque la Constructora, con bastante fundamento, quería tratar de pagar un poco proporcionalmente en la misma medida en que el cliente le pagara a la Constructora el proyecto. Entonces, se pactó un anticipo y se pactó adicionalmente unas cuotas mensuales que se pagaron todas, con excepción de dos. Esas cuotas fueron pagadas por la Constructora Colpatria mediante transferencia, con retención en la fuente, a través del Banco de la República, es decir, todo absolutamente legal y transparente, tanto jurídicamente como comercialmente¹.

De ese relato se infiere que las obligaciones de Unirep S.A. consistieron en acompañar a la Constructora Colpatria S.A. en la etapa precontractual y que así lo hizo, pues logró que esta fuera invitada a la ronda de selección de contratistas² y luego le colaboró en la estructuración de coberturas de riesgos cambiarios, así como en la evaluación de «temas de licencias ambientales y licencias operativas»³, con lo cual contribuyó significativamente a lograr la adjudicación de la obra de infraestructura anhelada.

Con similar orientación, Alicia María de Jesús Naranjo Uribe testificó, en lo pertinente, lo siguiente:

«...fue un contrato que se celebró en Bogotá, la idea de este contrato era (...) en el evento en que nosotros nos ganáramos el contrato, que era entre privados, Unirep se ganaba una comisión de éxito del 3% sobre los costos directos del contrato. Por qué se ganaba eso, yo, como les dije, soy ingeniera Civil y trabajé en Invias a partir de que yo fui la directora general de Invias, pues

¹ Cfr. min. 14:22 a 19:00 record).

² Cfr. min. 14:22 a record).

³Cfr. min. 16:31).

conocía perfectamente todo lo que era de concesiones y Andrés Camargo que trabajó conmigo, que trabajamos juntos, me llevó a la Constructora Colpatria a crear, y esto debemos tenerlo muy claro, era a crear el área de infraestructura y concesiones. La Constructora Colpatria, como bien sabemos, es una constructora que se estaba dedicando solamente a la parte de vivienda. Ellos hicieron una interiorización de qué era lo que la constructora Colpatria necesitaba y vieron la necesidad de diversificar hacia el tema de infraestructura y concesiones ya que se venían unos contratos importantes en el país en el tema de infraestructura. Me llamaron a mi para que creara este negocio, este negocio se creó a partir de cero personas, yo era la primera persona, o sea, Constructora Colpatria no tenía experiencia en este tipo de proyectos de infraestructura, razón por la cual me dieron, yo entré a Constructora Colpatria en abril de 2006 y me dieron la representación legal con poderes plenos en febrero de 2007 para que firmara todo tipo de contratos. En este tipo de contratos yo no solamente firme del puerto de TCB, nos ganamos la doble calzada Ibagué Cajamarca (...). (1.29:30) Cuando yo inicié el tema de infraestructura y concesiones en Colpatria... yo lo creé, no había absolutamente nada. Entonces todo el mundo en aras de verdad que yo soy estructuradora de proyectos iba (sic) a la constructora a ver en qué podíamos hacer sociedades estratégicas para presentar proyectos. En general, los proyectos siempre requieren de alguien, si, cuando uno no tiene experiencia, para que entendamos un poquito en el momento en que yo estaba, uno cuando no tiene experiencia necesita presentar experiencia tanto en las licitaciones públicas como en las privadas (...). Como la Constructora Colpatria no tenía experiencia, pues yo me tenía que unir a la gente que tenían experiencia, nosotros teníamos un balance financiero importante, y me servía mucho unirme con las personas que tenían partes técnicas o empresas que creían en Colpatria, que les presentara proyectos para que Constructora Colpatria hiciera infraestructura, porque ese era el tema, hacer infraestructura. Nosotros empezamos, yo empecé a unirme con muchas empresas, tanto constructoras como de vías, de puentes, de túneles, de puertos y en una ocasión llegó a la constructora Juan Manuel Barraza, acompañado, diciéndome que tenía un lote muy importante, porque yo también tenía proyectos de infraestructura que no fueran vivienda, tenía un lote importante en Cartagena y que ese proyecto quería presentármelo a nosotros para que nosotros lo desarrolláramos como proyecto de no vivienda. Yo le dije que en realidad yo no estaba interesada en lotes porque, digamos, mi foco real era infraestructura de vías, de carreteras, de vías férreas, de puertos, aeropuertos. Ese era mi

*foco. Entonces, después llegó y bueno, me dijo Alicia, yo le tengo un proyecto para que entremos, para que ustedes puedan entrar y los inviten, porque en realidad nosotros, pues necesitábamos que nos presentara alguien para que nos invitara, o nos uniéramos con alguien para mostrar experiencia en lo que se requería tanto en lo público como en lo privado. Entonces yo le dije, listo, perfecto. Fuimos a almorzar con **Harry Beda** y me dijo yo tengo una empresa que se llama Unirep, yo puedo hacer que a ustedes los inviten, y si ustedes se ganan la construcción, pues hacemos una comisión de éxito. Yo eso lo vi muy normal y es tan normal que en todas las otras concesiones nosotros dábamos comisiones de éxito. Qué quiere decir comisión de éxito, que, si yo me presento, por ejemplo, a la doble calzada Bogotá-Girardot-Cajamarca, como sucedió, y me la gano, pues yo le doy comisión de éxito a las personas que colaboraron para que yo me ganara ese premio. Esa concesión, como yo presenté dentro de toda la historia de todo esto, desde el 2010 que vengo presentando todo lo que yo hice, yo presentaba, por ejemplo, la comisión de éxito a Prieto Carrizosa, yo presentaba comisión de éxito a todos los que me han dicho. Yo tengo una fija y una variable, en eso es usual, no es que esto sea un proyecto distinto. El Dr. Beda nos hizo invitar al proyecto porque era privado (...)*»⁴.

Dijo también que:

(...) fuimos siete empresas invitadas, siete, entre esas nos escogieron a tres finalistas. Que eso fue como en febrero de 2007 (...) unos chinos, Conalvías y nosotros. Y cada uno tenía que explicar por qué era que podía hacer el puerto (...) en el precio que había dicho. (...) nosotros hicimos la mejor propuesta, todo eso estaba acompañado de Unirep, a mi Unirep empezó a hacerme el acompañamiento financiero y técnico (...) desde junio de 2007 (...) quedamos tres finalistas en febrero de 2008 (...). En esos tres finalistas, ellos tenían que escoger cuál era el que iba a hacer la construcción, o sea, el subcontrato de construcción del puerto, nosotros fuimos los que ofrecimos la mejor propuesta, razón por la cual nos la otorgaron y firmamos el contrato en mayo de 2008. (...). [Unirep] en la parte técnica, si, nos hizo el acompañamiento de toda la parte de cómo era que teníamos que construir, o sea yo le proponía pilotos (...), todo ello y ellos estaban siempre en la reunión y nos ayudaban con los especialistas de nosotros a tomar las mejores decisiones si eran los pilotos (...) Unirep era una empresa que estructuraba los proyectos, si, y estaba pendiente de que quedara bien estructurado el proyecto, si, que estábamos trabajando porque no es que Unirep iba por allá y yo iba por acá,

⁴ Cfr. min. 01:21:33 a 1:22:11 record.

no, nosotros estábamos estructurando el proyecto (...). El equipo Unirep era Harry Beda, a mí me acompañó también Camilo Gómez, si, en la parte de Unirep, me acompañó (...), me acompañó Juan Manuel Barraza, en partes, o sea, pero no en todo (...). Colpatria fue sola porque tenía la capacidad de hacer, la parte de edificaciones, o sea, todas las bodegas y eso las podía hacer, entonces, tenía la parte de pilotes, tenía la parte del muelle tenía esa parte que no sabía, entonces qué me tocó hacer y por eso hay dentro de la partida que se le presentó a la junta directiva hay 6.700 millones de estudios y diseños (..) eso no lo ves en las licitaciones de San Rafael porque adentro había gente, acá no había gente. (...). Imagínese que el proyecto tenía el 30% de anticipo estábamos en el año 2008, en febrero de 2008 (...) nosotros íbamos a firmar en mayo, este era un contrato en dólares, si, de 85 millones de dólares, en el momento en que nosotros hicimos la propuesta, si, el dólar estaba en 1.950, por decirle algo, (...) en mayo, cuando nos íbamos a sentar a hacer la propuesta, ya el dólar estaba en 1.700. Qué hizo Harry Beda durante en esos meses, se sentó conmigo y con los dueños del proyecto a que el anticipo no fuera del 30% sino que fuera del 57%, para que el proyecto no se disminuyera el valor tanto, o sea, eran 20.000 millones en ese momento, en esos 6 u 8 meses que estaba perdiendo del valor el contrato por el cambio del dólar (...). Ya nos habíamos dicho que nosotros éramos los mejores, no adjudicado el contrato (...). [Beda hizo] el acompañamiento a todo el tema tributario del puerto (...). Y entonces estábamos sacando durante todo el tiempo, desde el 2007 hasta el 2008, hasta febrero de 2008, hicimos todos los análisis de precios unitarios y dentro de los precios unitarios, él nos decía este tiene este no tiene, él nos asesoró en toda la parte tributaria (..) nos asesoró en la parte tributaria (min. 1 h 34 min 54 a 1 h 56 min y 40”).

Estas declaraciones respaldan la tesitura del Tribunal, puntualmente porque los mencionados comparecientes actuaron como negociadores en representación de las personas jurídicas contratantes y, adicionalmente, ambos estuvieron de acuerdo en que el negocio de asesoría se circunscribió a facilitar a la Constructora Colpatria S.A. la presentación de una propuesta para ejecutar la obra de infraestructura portuaria, un mercado al que esta empresa buscaba expandirse, así como a proporcionarle orientación para asegurar su selección como contratista, objetivo que se logró efectivamente con la adjudicación de la obra.

Esto significa que el Tribunal no desfiguró el objeto del contrato de asesoría y tampoco varió el contenido de sus cláusulas primera y segunda, contrario a lo alegado por la casacionista, pues su labor se contrajo a interpretar dichas estipulaciones para extraer de ellas la intención real de las partes en coherencia con lo narrado por quienes las representaron y estuvieron al frente de la negociación.

La recurrente argumentó que Alicia María de Jesús Naranjo Uribe carece de imparcialidad por haber sido quien firmó el contrato fuente de las obligaciones discutidas en este proceso. Sin embargo, la Sala no acoge esa tacha porque esta única circunstancia es insuficiente para demeritar la exposición factual de esa declarante.

Al respecto, en CSJ, SC 19 dic. 2001, rad. 6624, reiterada en SC 9 dic. 2011, rad. 2001-00108-01 y en SC 2499-2021 la Corte indicó:

«la sospecha no descalifica de antemano [al declarante] -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio».

Esta comprensión jurisprudencial, al ser sólida y consistente, sirve de faro para ilustrar que en los casos en que se discrepe sobre la coincidencia entre lo llevado a escrito y el querer de las partes en un contrato, es útil y de suma valía preguntarle a quienes intervinieron en su confección

respecto de la intención genuina que les asistía al vincularse contractualmente, máxime cuando en este evento esos interrogantes les fueron planteados a las personas naturales que, en condición de representantes de las sociedades implicadas en el negocio, discutieron y convinieron los términos del pacto bilateral finalmente concertado.

Incluso si la Constructora Colpatria S.A. tuviera razón y se detectara un posible sesgo o inclinación personal en la declaración de Alicia María de Jesús Naranjo Uribe hacia Unirep S.A., ello no implicaría descalificar automáticamente su versión, sino que haría necesario valorarla con mayor cautela y atención, lo que desde luego llevaría a cotejarla celosamente con otras pruebas para determinar si se trata de una exposición directa, veraz, sincera e imparcial o si, por el contrario, está sesgada.

Esto último es relevante porque el Tribunal encontró varios elementos de prueba coincidentes con el testimonio de Alicia Naranjo Uribe que sustentaron la premisa central de la sentencia sobre el cumplimiento íntegro de las obligaciones asumidas por Unirep S.A. Al efecto, se basó también en las declaraciones de Juan Manuel Barraza Gómez y de Camilo Gómez Álzate. El primero actuó como intermediario independiente en la configuración de negocios de construcción y el segundo desempeñó el rol de asesor jurídico para los inversionistas privados que encargaron a la Constructora Colpatria S.A. el diseño y la construcción del Terminal de Contenedores de Buenaventura. Igualmente, se

apoyó en los indicios derivados del desarrollo de la fase de ejecución del contrato objeto de este proceso.

Es crucial señalar, en línea con los argumentos de la recurrente, que ninguno de estos testigos hizo referencia directa a los términos específicos del contrato suscrito entre las partes. Sin embargo, también es cierto que ambos declarantes [Juan Manuel y Camilo] coincidieron en señalar que Sabetai Harry Beda Malca, representante legal de Unirep S.A., fue quien gestionó la invitación para que la Constructora Colpatria S.A. participara en el proceso privado de selección antes mencionado, aunado que colaboró en el diseño de estrategias para asegurar el éxito de la negociación y que su apoyo estratégico fue determinante para solucionar algunos temas sensibles [los pilotes y términos cambiarios] que impedían el cierre del trato.

Cabe resaltar lo expresado por el testigo Juan Manuel Barraza Gómez:

«Me senté con la doctora Alicia Naranjo después de revisar la propuesta que le llevaba, de un tema inmobiliario (...) en la ciudad de Cartagena. Me dijo que no era del interés de la constructora. Pero, a renglón seguido (...) me manifestó que si estaba muy interesada en entrar en la en el tema portuario. En ese orden de ideas, como unos días antes en una velada que había tenido con el doctor Harry Beda él me había manifestado que estaba buscando un constructor para un desarrollo portuario que se pensaba hacer en la ciudad de Buenaventura, pues nos sentamos los tres y firmaron ellos su contrato»⁵.

⁵ Min. 34:30.

Similar exposición factual realizó Camilo Gómez Álzate al relatar que, en defensa de los intereses de la Constructora Colpatria SA., se reunió en múltiples ocasiones con el representante legal de Unirep SA. con el propósito específico de asegurar la participación de la recurrente en la presentación de una propuesta y de superar obstáculos para finalizar la negociación. En particular, el testigo destacó que «... si Harry Beda no hubiera facilitado la participación de Colpatria, esta no habría construido el puerto. De igual manera, sin la intervención de Harry, **no estoy seguro de que hubiéramos encontrado una solución para los pilotes ni para el problema cambiario**»⁶ (se resalta).

Aunque las anteriores referencias fácticas son aspectos circunstanciales y extrínsecos a la definición del objeto contractual, sí constituyen un respaldo indirecto evidente de la versión proporcionada por los participantes en la celebración del contrato de asesoría técnica, comercial y financiera, al atribuirle a Unirep S.A. un papel crucial para que le fuera adjudicada a la Constructora Colpatria S.A. la construcción del Terminal de Contenedores de Buenaventura, mas no en la ejecución directa de esa compleja obra de infraestructura portuaria.

Este argumento sube de punto y se fortalece al considerar que Unirep S.A. no es especialista en construcción, como sí lo es Constructora Colpatria S.A., conforme lo reconoce esta al desarrollar los cargos

⁶ Min. 03:08:44.

analizados. En consecuencia, conforme a sus propios planteamientos, resultaría poco coherente que buscara servicios de asesoría por parte de la primera durante la fase de ejecución del contrato de obra que finalmente le fue adjudicado.

Ahora bien, el *ad quem* coligió que el pago de una gran parte del precio pactado a favor de Unirep S.A., junto con la falta de prueba de solicitudes de acciones correctivas o intenciones por parte de la Constructora Colpatria S.A. de terminar el contrato por incumplimiento de la contratista, son indicios de que la primera cumplió sus débitos y la segunda asintió en ello.

Esta última deducción fue trascendental, pues le permitió al Tribunal establecer que Unirep S.A. fue contratante cumplida y que la Constructora Colpatria S.A. solo satisfizo parcialmente sus compromisos al haber dejado de saldar las dos últimas cuotas acordadas en el esquema comercial diseñado para la realización de sus intereses. Es importante advertir que tanto los referidos pagos, que sumaron un total de once (11) y alcanzaron un importe acumulado de US\$1.775.967,68, como la ausencia de comunicaciones dirigidas a Unirep S.A. para exigir el cumplimiento de alguna obligación en la fase de ejecución de la obra, son hechos probados y no discutidos en casación.

La pugna no cuestiona esos supuestos fácticos en sí mismos, sino la interpretación que el Tribunal hizo de ellos. Esto porque ese juzgador concluyó que los pagos fueron

autorizados y validados por diversas áreas de la Constructora Colpatria S.A., sin que Unirep S.A. tuviera que cumplir con ninguna obligación pendiente en ese momento al haberlas satisfecho plenamente cuando se le adjudicó a su asesorada la construcción del Puerto de Buenaventura.

Llama la atención que esos desembolsos no se efectuaron de forma oculta o clandestina, sino previa radicación de facturas y por medio de los canales internos establecidos por la Constructora Colpatria S.A., según aparece soportado en el plenario, de lo cual se infiere que fueron realizados de manera escalonada durante varios meses, como consecuencia de que Unirep S.A. ejecutara todas sus obligaciones. Resulta difícil creer que la constructora desembolsara US\$1'775.967,68 en once (11) pagos periódicos, amparada en una serie de errores internos. La práctica comercial, usualmente, dicta que los empresarios se esfuerzan por tomar todas las precauciones y medidas protectoras necesarias en sus operaciones económicas.

Sería insólito suponer que esos pagos hayan sido el resultado de una serie de inadvertencias por parte de la Constructora Colpatria S.A., dado que se realizaron en un total de once (11) transferencias, incluido el anticipo del 20%, en un período de aproximadamente un año. Además, quien los hizo fue una empresa, lo cual da pábulo para inferir, de un lado, que se trató de una profesional avisada y versada en sus actividades habituales, y, del otro, que no era inexperta en esa clase de transacciones, precisamente por el ánimo de lucro que subyace a su labor, tanto más si se observa que

tiene áreas especializadas para el control y la verificación de todas sus operaciones y de su actividad habitual, permanente y profesional. Aparte de esto, dicha estructura organizativa permite deducir razonablemente que se trata de una entidad proactiva en la gestión y el manejo correcto de sus negocios, y que también se preocupa por una óptima administración de sus movimientos y acciones empresariales.

En esa línea, como tampoco hay soporte de que la Constructora Colpatria S.A. haya requerido a Unirep S.A. para que realizara determinada labor o gestión en concreto después de que se le asignó el negocio para la construcción del Terminal de Contenedores de Buenaventura, ello refuerza la posición del Tribunal de que esta última cumplió sus débitos contractuales al asistir y acompañar a la adjudicataria para que obtuviera el contrato en un mercado desconocido hasta entonces para ella, esto es, la construcción de obras de infraestructura portuaria, conforme lo enfatizó Alicia Arango en su declaración. De ese modo, era factible colegir que, si la firma asesora lograba que a su asistida se le adjudicara la obra, ello no solo hacía exitosa su gestión, sino que extinguía sus obligaciones y, por lo tanto, la convertía en acreedora de la remuneración pactada, sin más requisitos que eso.

En refuerzo de lo expuesto, el *ad quem* se apoyó también en la cláusula segunda del contrato de asesoría técnica, comercial y financiera, la cual dispuso que Unirep S.A. se obligaba a proporcionar «asesoría técnica, comercial y

*financiera del proceso concursal mencionado, adelantando todos los contactos pertinentes con el cliente (sociedad propietaria del futuro Terminal de contenedores), estudia[n]do con la Constructora las diferentes propuestas técnicas a presentar con sus debidos flujos de caja **y en general manejando todos los aspectos tendientes a la contratación de la Constructora Colpatria SA. para adelantar las obras específicas involucradas en el desarrollo del proyecto***» (se resalta).

Esa estipulación contractual fortalece la postura central del Tribunal de que Unirep S.A. atendió todos sus débitos negociales, en rigor, porque detalla explícitamente las obligaciones asumidas por esa entidad, de lo cual se infiere razonablemente que estos compromisos se limitaron a la fase de selección de contratistas llevada a cabo por la Sociedad Portuaria Terminal de Contenedores de Buenaventura S.A. para la construcción del Terminal de Contenedores de Buenaventura, sin abarcar en absoluto la fase de ejecución de esa obra de infraestructura, contrario a lo que podría entenderse de una lectura textual y descontextualizada de la primera estipulación.

Este último hallazgo muestra que el criterio adoptado por el *ad quem* no fue caprichoso, ni alejando de toda sindéresis, sino que surgió como resultado de un análisis racional y objetivo de los medios de prueba acoplados al informativo, todo lo cual le hizo descubrir la verdadera intención de las partes a partir de lo expuesto por ellas mismas, por los testigos, e inclusive, de lo que salió a relucir

por vía indiciaria, en armonía con el contenido general del documento que guarda memoria del contrato, el cual no apreció de forma insular o aislada, sino integral, sistemática y envolvente, en conjunto con las demás piezas. Luego, ese contexto desvirtúa plenamente las críticas que sugieren una valoración parcial, aislada y fragmentada de los soportes demostrativos obrantes en el expediente.

Ante este panorama, la razonabilidad evidente de la tesitura adoptada por el Tribunal, respaldada por argumentos que están sólidamente fundamentados en pruebas, es suficiente para mantener incólume la tesis central de la sentencia impugnada. Esto, porque tal escenario desvirtúa la presencia de los yerros manifiestos y trascendentes en la valoración de las piezas de convicción, máxime si se tiene en cuenta que, en la tarea de interpretar un contrato, cuando este admite más de una lectura posible, la elección hermenéutica de los jueces de instancia es, en principio, inatacable en casación. Lo anterior, porque la exégesis de un negocio jurídico es una prerrogativa reservada a la discreta autonomía del juzgador, tanto así que debe estar fundamentada en un estándar de racionalidad y de plena justificación a partir del sistema de la libre apreciación probatoria.

En otras palabras, la interpretación de un contrato es una labor intelectual del juzgador que normalmente no puede variarse en casación, excepto cuando se demuestre un error palmario y garrafal con incidencia en la decisión, lo cual no acontece en este episodio.

Frente a este aspecto, la Corte ha mantenido un criterio sólido y reiterado, según consta en la CSJ, SC 20 oct. 2000, rad. 5497, de que:

"cuando el error denunciado se plantea en el ámbito de apreciación de hecho por interpretación de cláusulas contractuales, la Corte sólo puede entrar a modificar la sentencia objeto del recurso en tanto ésta se apoye en una interpretación originante de un yerro manifiesto, el cual sucede cuando el documento contractual sólo tenga una forma de interpretación posible y ésta sea la propuesta por el impugnante, en contraposición a la elaborada por el Tribunal, que entonces aparece absurda e ilógica. Si tal elemento admite diversos entendimientos, todos ellos razonables, entonces no se presenta el defecto en mención, máxime cuando en materia de interpretación de contratos, se está frente a una "cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores", como lo ha predicado la Corte (G.J. CXLII, págs. 218 y 219).

Posteriormente, en la SC 25. 01. 2005, rad. 7881 [SC-013-2005], indicó:

(...) el fracaso del cargo viene además fortalecido por la amplitud que reconoce la jurisprudencia al trabajo interpretativo que el juzgador despliega sobre los contratos y en tanto esa autonomía no traspase los confines de la arbitrariedad, resulte notoriamente absurda, ilógica, o manifiestamente contraria a la realidad, merece el respeto de la Corte, de modo que, habiendo elegido una de las lecturas admisibles que del negocio resultan, no se abre paso el quiebre de la sentencia en casación, pues este recurso no puede fundarse en la duda sino en la certeza.

Ese mismo año, en la SC 28 feb. 2008, rad. 00075-01 volvió a decir:

: "1...la interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la '...cordura, perspicacia y pericia del juzgador' (CVIII, 289), a su 'discreta autonomía' (CXLVII, 52), razón por la cual, el resultado de ese laborío 'no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho' (CXLII, 218 Cfme: CCXL, 491, CCXV, 567). Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, per se, tenga plena o irrestricta libertad para buscar la communis intentio de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de

determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete. Desde luego que si el juez, tras de examinar y aplicar las diversas reglas de hermenéutica establecidas en la ley, opta por uno de los varios sentidos plausibles de una determinada estipulación contractual, esa elección, en sí misma considerada, no puede ser enjuiciada ante la Corte, so pretexto de una construcción más elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que, en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato”

Esta tesitura ha sido seguida, entre otras, en la SC, 29 jul. 2009, rad. 2001 00588 01, SC, 14 oct. 2010, rad. 2001-00855-01 y en SC3047-2018. Recientemente, en la CSJ SC002-2021 se expuso:

«Si el juez, tras examinar y aplicar las diversas reglas de hermenéutica establecidas en la ley, opta por uno de los varios sentidos plausibles de una determinada estipulación contractual, esa elección, en sí misma considerada, no puede ser enjuiciada ante la Corte, so pretexto de una construcción más elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que, en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato (...).

La interpretación de un contrato está confiada a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, y no puede “modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia, ya porque supone estipulaciones que no contiene, ora porque ignore las que ciertamente expresa, o ya porque sacrifique el verdadero sentido de sus cláusulas con deducciones que contradice la evidencia que ellas demuestran”.

El escenario anterior no cambia incluso al fijar la atención en las pruebas que la censura estima pretermitidas [las declaraciones de Andrea Liliana Ibáñez Galvis, Luz Amparo Polanía Guarín y Néstor Andrés Abella Rodríguez], pues aunque estas versiones respaldan la propuesta argumentativa de la casacionista, en cuanto se inclinan porque Unirep S.A. recibió una importante cantidad de dinero a cambio de nada y tendría que restituirlo, el Tribunal se basó en otros soportes demostrativos que le generaron el convencimiento de que el representante legal de esa compañía sí tuvo una intervención no solo relevante, sino crucial en los acontecimientos que llevaron a que se le encargara a la Constructora Colpatria S.A., la construcción del Terminal de Contenedores de Buenaventura.

Recuérdese que, para el *ad quem*, fue Harry Beda Malca quien medió eficazmente para que se le permitiera a la Constructora Colpatria S.A. presentar una propuesta de negocios y colaboró de forma también protagónica, para superar una complicación atinente a la volatilidad del peso colombiano, que dificultaba el cierre definitivo del trato.

Estos hallazgos no fueron inventados por el Tribunal, sino extraídos de las declaraciones de Harry Beda Malca, Camilo Gómez Álzate y Alicia Naranjo Uribe, así como del análisis indiciario del contexto circunstancial; además, la opugnadora no refutó dichos medios de juicio, toda vez que se conformó con ofrecer una apreciación alternativa de otro grupo de pruebas, sin que ello tenga la virtualidad de minar la ponderación integral realizada por el *ad quem*.

Es así como los cargos analizados se dedican a tratar de justificar un supuesto desatino del Tribunal respecto del alcance de los compromisos asumidos por Unirep S.A., frente a lo cual dicen que estos iban más allá de la fase de selección del contratista que construiría el Terminal de Contenedores de Buenaventura, al punto que se extendían hasta la etapa de su ejecución, ello en procura de hacer ver que esa parte es contratante incumplida, y en ello agotan todo su esfuerzo argumentativo.

Ello significa que dejan de lado la premisa del Tribunal de que Unirep S.A. facilitó un primer acercamiento al proceso de selección y presentó propuestas de solución a ciertas problemáticas que se dieron durante la negociación del contrato de construcción del Terminal de Contenedores de Buenaventura. Por lo tanto, al quedar en firme este puntal de la sentencia, ello derrumba la acusación fundada en la narración de los aludidos testigos [Andrea Liliana Ibáñez Galvis, Luz Amparo Polanía Guarín y Néstor Andrés Abella Rodríguez] con la cual se quiso acreditar que esa entidad habría sido remunerada a cambio de nada, pues esto a lo sumo haría pensar que obtuvo una alta retribución por una gestión de relacionamiento con cierto grado de trascendencia de cara al objetivo buscado, sin que este aspecto haya sido planteado en las instancias, luego tampoco tiene cabida en casación.

En todo caso, tampoco incurrió el Tribunal en error de hecho al haberse guiado por la versión de Harry Beda Malca, Camilo Gómez Álzate y Alicia Naranjo Uribe, y apartarse de

la declaración de Andrea Liliana Ibáñez Galvis, Luz Amparo Polanía Guarín y Néstor Andrés Abella Rodríguez, pues, como la del primer grupo de testigos fue incompatible con la del segundo, bien podía apoyarse en cualquiera de ellos, como en efecto lo hizo, al inclinarse por la del inicial, tras dilucidar la relación circunstancial que dichos deponentes tuvieron con el desarrollo de la negociación, sin que ese escogimiento luzca *per se* reprochable al provenir de la discreta autonomía del fallador para ponderar la evidencia de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. Frente a ello, en la CSJ SC 11151-2015, la Sala relievó que:

(...) si en un proceso se encuentran, por ejemplo, dos grupos de testigos que afirman posiciones contrarias, dando cada uno la razón de la ciencia de su dicho, no puede cometer per se el Tribunal error evidente si se inclina por uno de esos grupos de testigos, máxime si en apoyo de su elección se sustenta en otras pruebas que corroboran el dicho del grupo escogido. Se trata, en efecto, de que en casos como el que abstractamente se plantea, el Tribunal hace uso racional de su discreta autonomía en la apreciación de las pruebas, no pudiendo en consecuencia, cometer yerro fáctico en esa tarea (CSJ SC 003-2003 del 11 de febrero de 2003, rad. 6948)

Lo mismo dijo en la CSJ SC2503-2021 al destacar que:

(...) la prevalencia que el Tribunal le confirió a las pruebas que lo condujeron a deducir la existencia del vínculo, se ajusta a la discreta autonomía que tenía para escrutar los elementos de juicio de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de manera que el antagonismo advertido entre los dos grupos de medios, lo obligaron a optar por lo que de uno de ellos emergía, selección que no comporta la comisión de un error de juicio en la apreciación de las pruebas, pues como lo sostuvo la Corte en SC 18 sep. 1998, exp. 5058, “cuando se está frente a dos grupos de pruebas, el juzgador de instancia no incurre en error evidente de hecho al dar prevalencia y apoyar su decisión en uno de ellos con desestimación del restante, pues en tal caso su decisión no estaría alejada de la realidad del proceso”.

Siguiendo la línea por la que se decantó el *ad quem*, puede afirmarse que Unirep S.A. cumplió lo que asumió en el marco del contrato de asesoría comercial, técnica y financiera, es decir, servir de facilitador para que la Constructora Colpatria S.A. fuera incluida en el proceso privado de selección y aconsejarla en la contratación de coberturas para mitigar un riesgo cambiario que obstaculizaba el cierre del negocio.

En últimas, si Unirep S.A. no tenía obligaciones específicas en la fase de ejecución del contrato de construcción del Puerto de Contenedores de Buenaventura, como se demostró en el proceso y lo identificó con acierto el Tribunal, ello impide reprocharle su inacción en esta etapa contractual, toda vez que le resultaba extraña. Además, la conducta de la Constructora Colpatria S.A., al pagarle gran parte de las sumas convenidas y no haberle reclamado de manera convencional los presuntos débitos pendientes, hace pensar que asumió que la responsabilidad de esa contratista terminó tras asegurar el proyecto deseado, y que estuvo satisfecha con la labor efectuada por dicha firma asesora.

Aunque la recurrente dice que, según un sector de la doctrina, la única forma válida de poner fin al vínculo contractual por incumplimiento de una de las partes es a través de la vía judicial, y que la terminación unilateral no sería adecuada para ese propósito, esto no concuerda con el precedente de esta Corte, que le ha otorgado plenos efectos a una estipulación de ese calibre (SC, 4 may. 2005, rad. 1999-00861-01, SC 30 ago. 2011, rad. 1999-01957-01 y SC1962-

2022, entre otras). En todo caso, es notable que no fue la recurrente quien inició acciones civiles con este fin, sino su contraparte. Es más, fue solo después de ser notificada y vinculada al litigio que la constructora decidió contrademandar y alegar un presunto incumplimiento de la contratista.

Todo lo anterior respalda la tesis central del Tribunal y descarta las pifias que le fueron atribuidas en torno a la valoración de las cláusulas primera y segunda del contrato, a la comprensión de su objeto y también en la apreciación de la prueba testimonial, así como los defectos de *iure* endilgados, los que, por lo tanto, quedan sin piso.

5. En definitiva, por donde se miren, las acusaciones no progresan.

CARGO TERCERO

Alegó la violación directa del artículo 884 del C. de Comercio por aplicación indebida al ser ajena al caso, ya que no es dable calcular el costo de oportunidad de una operación en divisa extranjera con un procedimiento que involucra el componente inflacionario y remuneratorio del peso colombiano, por tratarse de dos universos conceptualmente distintos e incompatibles.

No se puede equiparar el tratamiento de un deudor cumplido y uno que no lo es, pues la indemnización implícita en el interés de mora es mayor que el valor del remuneratorio

del compensatorio, porque presupone una sanción ante el incumplimiento culpable de las prestaciones a su cargo. Por lo tanto, es inviable aplicar la presunción legal del costo de oportunidad que habría generado una operación pactada en divisa extranjera con base en el interés moratorio del artículo 884 *ibidem*, pues este se calcula con el precio del peso colombiano y el índice de depreciación de la moneda legal, factores incompatibles con el valor de una divisa extranjera.

Como el negocio involucró una divisa extranjera y una de las partes no reside en el país [Unirep SA.], la Resolución Externa n.º 53 de 4 de diciembre de 1992, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, y tampoco el artículo 884 del C. de Comercio son aplicables. Por consiguiente, la reclamante debía demostrar el daño sufrido ante el incumplimiento atribuido a Constructora Colpatria SA. Como no lo hizo, erró el Tribunal al reconocerle intereses.

CONSIDERACIONES

1. La globalización es un proceso integral y dinámico que comprende dimensiones económicas, políticas, tecnológicas, sociales y culturales a nivel mundial, razón por la cual ha propiciado la aparición de las economías abiertas, facilitado el comercio internacional de bienes y servicios, y flexibilizado la circulación del capital y del trabajo. Lo anterior ha generado la realización de transacciones en diversas divisas y ha hecho tangible la necesidad de ajustar las variables regulatorias de los países involucrados para

enfrentar los riesgos asociados al cambio monetario y sus repercusiones internas.

En 1944, durante la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas en Bretton Woods, se estableció el Fondo Monetario Internacional (FMI) con el propósito de facilitar el comercio internacional, estabilizar los tipos de cambio, promover el crecimiento económico y evitar las devaluaciones cambiarias. Este foro mundial permitió a los estados adoptar medidas de control para regular los movimientos internacionales de capital.

A partir de esa habilitación multilateral, Colombia le asignó a la Junta Directiva del Banco de la República la facultad de fijar medidas monetarias, cambiarias y de crédito. Con la Ley 21 de 1963 esas funciones pasaron a la Junta Monetaria. Luego, la Ley 6ª de 1967 autorizó al Gobierno Nacional para expedir un estatuto cambiario y de comercio exterior, con el objetivo de regular de manera integral las transferencias de capital y de prevenir alteraciones *«bruscas en el valor externo de la divisa nacional»*, lo cual dio lugar al Decreto Ley 444 de 1967 que instituyó el régimen de cambios internacionales y de comercio exterior.

Varias décadas después, las Leyes 7ª y 9ª de 1991 ampliaron el comercio exterior y establecieron las *«normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales»*. La última de esas regulaciones buscó *«promover el desarrollo económico y social*

y el equilibrio cambiario» en procura de propiciar la internacionalización de la economía. Entre sus objetivos se incluyó «[p]romover, fomentar y estimular el comercio exterior de bienes y servicios, en particular las exportaciones, y la mayor libertad en la actuación de los agentes económicos en esas transacciones», facilitar las operaciones corrientes con el exterior y «[a]plicar controles adecuados a los movimientos de capital», entre otros objetivos.

En vigencia de la Constitución Política de 1991 se le otorgó al Banco de la República la facultad de actuar como banca central y se le asignaron diversas funciones, entre ellas la de *«regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito»* (art. 371 CPN). Además, se previó que la *«[j]unta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley»* que sería expedida por el Congreso con base en el numeral 22 del artículo 150, con el consecuente desaparecimiento de la Junta Monetaria.

De conformidad con ese mandato superior se dictó la Ley 31 de 1992, que fijó las normas a las cuales debe sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones. En su artículo 16 se previó que la *«Junta Directiva del Banco de la República ejercerá las funciones de regulación cambiaria prevista en el párrafo 1º del artículo 3º y en los artículos 5 a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9ª de 1991»*. Igualmente, este artículo estableció que la Junta podría intervenir en el mercado cambiario como compradora o

vendedora de divisas, así como emitir y colocar títulos representativos de las mismas, entre otros aspectos.

Ese mismo artículo 16, en su literal e), advirtió que «e) ... *Las tasas máximas de interés que pueden convenirse en las operaciones en moneda extranjera continuarán sujetas a las determinaciones de la Junta Directiva...*». Fue por ello que esta expidió la Resolución Externa n.º 53 de 4 diciembre de 1992 y en ella estableció las tasas máximas de interés -tanto corrientes como moratorias- para las operaciones en dólares estadounidenses. Esta resolución fue emitida por la Junta Directiva del Banco de la República, por virtud de las funciones básicas otorgadas en el artículo 371 de la Constitución Política. Allí previó que los artículos 1617 del Código Civil y 884 del Código de Comercio «*solo resultan aplicables respecto de obligaciones en moneda legal*»

Es relevante destacar que, desde el punto de vista cambiario, en Colombia se distingue entre operaciones internas, que son las realizadas por residentes cambiarios, y las externas o de cambio, que se refieren al intercambio de divisas entre quienes carecen de esa condición.

Al efecto, el numeral primero del artículo 2.17.1.2 del Decreto Único 1068 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 119 de 2017, determina que se consideran residentes cambiarios, las siguientes personas:

“a) Las personas naturales nacionales colombianas que habiten en el territorio nacional o las extranjeras que permanezcan continua o discontinuamente en el país por más de ciento ochenta

y tres (183) días calendario, incluyendo los días de entrada y de salida del país, durante un periodo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario consecutivos.

b) Las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio principal en el país. Igualmente, tienen la condición de residentes para efectos cambiarios las sucursales de sociedades extranjeras establecidas en el país.”

Por su parte, el numeral segundo del art. 2.17.1.2 del Decreto Único 1068 de 2015, modificado por el art. 1º del Decreto 119 de 2017, dispone que son operaciones externas o de cambio las realizadas por: «a) *Las personas naturales nacionales colombianos o extranjeros que no cumplan la condición de permanencia prevista en literal a) del numeral 1 este artículo*», por «b) *Las personas jurídicas que no tengan su domicilio principal dentro territorio nacional, incluidas aquellas sin ánimo de lucro*», y «c) *Otras entidades que no tengan personería jurídica ni domicilio dentro del territorio nacional*». Frente a estas últimas, el artículo 86 de la Resolución Externa n.º 1 de 2018 de la Junta Directiva del Banco de la República estipula que «*[l]as obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada*».

Es así como el régimen cambiario nacional considera que las operaciones entre residentes cambiarios son internas y permite pactar las obligaciones en moneda extranjera. No obstante, el pago debe efectuarse en moneda legal colombiana, a la tasa representativa del mercado (TRM) vigente cuando fueron adquiridas, salvo que las partes convengan una fecha o tasa de referencia distinta.

Esto armoniza con el artículo 2.17.1.3 del Decreto 1068 de 2015, el cual prevé que *«[s]alvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios u operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana»*.

De lo anterior se infiere, sin ambages, que cuando las obligaciones en moneda extranjera sean pactadas entre residentes cambiarios nacionales la operación será interna y su pago deberá hacerse en pesos, que es la moneda oficial, de curso y con poder liberatorio en Colombia⁷. En contraste, las que involucren a no residentes cambiarios son externas y deben cumplirse en la divisa acordada. En todo caso, si cualquier obligación -emanada de una relación interna o externa- se pacta en moneda extranjera, deberá ser pagada en esa divisa si fuera ello posible o, de lo contrario, en pesos (art. 874 C. Co).

Adicionalmente, en las operaciones internas pactadas en dólares estadounidenses, el interés, tanto remuneratorio como moratorio, está limitado por las tasas máximas establecidas en la Resolución Externa n.º 53 de 1992⁸ de la Junta Directiva del Banco de la República, la cual fijó *«en veinte por ciento (20%) la tasa anual efectiva como tasa*

⁷ Cfr. Art. 86 de la Resolución Externa n.º 1 de 2018, de la Junta Directiva del Banco de la República.

⁸ Cfr. Se reitera que esta norma fue expedida en virtud del literal e), artículo 16 de la Ley 31 de 1992 el cual dispone que *«[l]as tasas máximas de interés que pueden convenirse en las operaciones en moneda extranjera continuarán sujetas a las determinaciones de la Junta Directiva»*.

máxima de interés corriente que puede convenirse en operaciones en dólares de los Estados Unidos de América» (art. 1º) y estableció «en veinticinco por ciento (25%) la tasa anual efectiva como tasa máxima de interés moratorio que puede convenirse en operaciones en dólares de los Estados Unidos de América» (art. 2o).

A *contrario sensu*, en las operaciones externas o de cambio la autoridad cambiaria no ha fijado tasas máximas de interés de mora, sin que ello impida reconocerlo ante un incumplimiento del deudor en los casos en que los contratantes hayan guardado silencio al respecto, pues este débito surge por ministerio de la ley, según se desprende del artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, en armonía con el artículo 1617 del Código Civil, habida cuenta que dicho interés constituye un detrimento que se presume tratándose de obligaciones dinerarias sin necesidad de que el acreedor lo acredite. Luego, desconocer esa connotación y no reconocerlo resultaría inequitativo y desproporcionado, además que significaría ir en contra de valiosos postulados normativos que propugnan por la reparación integral del perjuicio y la plenitud de pago.

Es importante resaltar que, sobre este último postulado, en la CSJ SC507-2023 se destacó:

La orientación que ahora se emprende hace tangible el principio de plenitud de pago, en armonía con los postulados de justicia, equidad, razonabilidad, proporcionalidad y reparación integral o plena establecidos en el ordenamiento jurídico, conforme lo registran importantes normas, entre ellas el artículo 230 de la

Constitución Política, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y también el artículo 283 del Código General del Proceso, que guían en ese sentido la actividad del juez y le permiten solucionar de forma completa, ordenada y justa los conflictos sociales sometidos a composición por vía jurisdiccional.

En fin, tanto en el ámbito civil como en el mercantil, la ley nacional establece que la mora en el cumplimiento de obligaciones causa perjuicios al acreedor, y que, siendo estas dinerarias, este no necesita probarlos al reclamar solo el interés moratorio, dado su origen legal. No obstante, el orden jurídico no especifica una tasa para prestaciones en operaciones de cambio, de ahí que haya una laguna o, en palabras de Diez Picazo⁹, «una deficiencia de la ley o una inexistencia de ley que sea exactamente aplicable al punto o tema controvertido». Ese vacío legal debe ser cubierto mediante analogía *legis*, conforme al artículo 8º de la Ley 153 de 1887 para aplicar la norma jurídica que regule una situación o materia semejante. Tal laborío supone integrar el ordenamiento positivo para darle plenitud a partir de una regla regulatoria de una hipótesis semejante o similar, sin que ello signifique imponer una sanción, pues esta tiene como fuente a los artículos 884 *ibidem* y 1617 núm. 2º *ejusdem*. La pauta legal a la cual se acude, a saber, el artículo 2º de la Resolución Externa n.º 53 de 1992, solamente determina la tasa máxima del interés moratorio aplicable en este evento.

Al referirse a la analogía, en la CSJ SC 22 oct. 2001, rad. 5817 se precisó que «(...) *para acudir a ese método de*

⁹ DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona. 1973, pág. 280.

autointegración jurídica, es necesario que exista entre las dos situaciones una semejanza relevante, es decir, que evidencien ambos una calidad común, y que la misma constituya la justificación suficiente de que al caso legalmente regulado se le haya atribuido una determinada consecuencia y no otra».

2. En este evento, las partes no acordaron intereses de mora para hacerle frente al incumplimiento de obligaciones en dólares estadounidenses por parte de la Constructora Colpatria S.A. Sin embargo, como esa entidad se negó a pagar las dos últimas cuotas dinerarias convenidas con Unirep S.A., esta los reclamó amparada en el artículo 884 del Código de Comercio, y el Tribunal los reconoció a la tasa máxima legal allí prevista, desde el día siguiente en que esas prestaciones se hicieron exigibles.

En desacuerdo con esa resolución la recurrente argumenta que esos intereses son improcedentes al no haber sido pactados y que, para obtener indemnización por el impago de las sumas reclamadas, la acreedora debía demostrar el daño y su cuantía.

Dicho argumento es inaceptable, ya que en el ámbito nacional el interés moratorio es una figura legal aplicable a cualquier relación contractual para sancionar el incumplimiento una vez la parte deudora queda en mora, conforme al artículo 1608 del Código Civil, que rige también en materia mercantil, según el artículo 822 del Código de Comercio.

Al efecto, el Código de Comercio en su artículo 884 dispone:

*Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; **si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente** y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990 (se enfatiza).*

Al integrar esas normas jurídicas [art. 884 CCo. y art. 1617 CC], se colige que en el ámbito mercantil se aplica el mismo principio que en el civil. Así, cuando el deudor incumple una obligación dineraria sujeta a plazo, se genera interés moratorio a la tasa pactada y, en ausencia de un acuerdo, se aplica el interés legal para suplir el silencio de las partes.

Por ejemplo, la Ley 45 de 1990, que regula la intermediación financiera y contiene otras disposiciones generales, establece en su artículo 65 que «*[e]n las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación*», lo cual reafirma que el interés moratorio tiene carácter legal.

Adicionalmente, el artículo 870 del Código de Comercio otorga a la parte que cumplió a tiempo sus obligaciones o estuvo dispuesta a hacerlo un derecho de opción: le permite

optar por continuar en el negocio y exigir la prestación o, por el contrario, buscar su extinción, es decir, resolverlo o terminarlo, según proceda, y reclamar, en todo caso, perjuicios. Esto sube de punto porque el interés moratorio actúa como una sanción legal por el incumplimiento. En el caso de obligaciones dinerarias, el artículo 1617 del Código Civil, aplicable por remisión al ámbito mercantil, dispone que el solo retardo del deudor lo pone en mora y permite al acreedor reclamarle intereses y así obtener el resarcimiento tarifado o indemnizatorio de los perjuicios por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. No se requiere pacto expreso para su aplicación. Bajo esa arista, la infracción negocial de la Constructora Colpatria S.A. la colocó automáticamente en mora y por ello debía aplicarse dicho interés legal, conforme a los artículos 1608, núm. 1, 1613, 1615 y 1617 *ejusdem*.

Se enfatiza que el interés de mora actúa como una sanción por el incumplimiento contractual. Además, el dinero es un bien fungible susceptible de generar réditos (CSJ SC1230-2018), lo cual constituye una regla de la experiencia de indiscutible vigencia (SC514-2023). Por lo tanto, esta consecuencia se impone *ministerio legis* desde que el deudor queda en mora, conforme a los artículos 1608 y 1617 del Código Civil. Empero, importa relieves que, tratándose de obligaciones dinerarias sujetas a plazo que sean liquidadas o estén plenamente determinadas, la mora se produce automáticamente al vencimiento del término pactado para su pago, siendo efectiva desde el día siguiente

a aquel en que la prestación se hizo exigible¹⁰ (CSJ SC 27 ago. 1930 (G. J. T. XXXVIII, pág. 128), reiterada en la SC 10 jul. 1995, rad. 4540 y en SC514-2023, entre otras).

Al efecto, la doctrina nacional¹¹ apuntala que:

[s]i entre el acreedor y el deudor se ha pactado término para el cumplimiento de la obligación, es de presumir que el primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de aquel y que el segundo tiene conocimiento de tal circunstancia. Bien está, pues, que en este caso no se exija nueva reconvenición, porque el deudor ya está prevenido desde la celebración del contrato, de que, si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de los perjuicios consiguientes. El aforismo dies interpellat pro homine describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, el que acogen, además de la nuestra, varias legislaciones modernas».

¹⁰ Cfr. En CSJ SC 5217-2019 la Corte hizo rectificación doctrinaria respecto a que la mora frente a obligaciones dinerarias se produce solo a partir de la sentencia que determina la cuantía de la prestación. Sin embargo, dicha corrección fue hecha exclusivamente sobre la interpretación del artículo 1080 del Código de Comercio en punto del contrato de seguro, lo cual reiteró en SC1947-2021, conforme lo explicó luego en CSJ SC514-2023.

Acorde con esta nueva comprensión jurisprudencial:

“(...) la constitución en mora, según la transcrita previsión del artículo 1608 del Código Civil, debe estar expresamente prevista en las normas positivas, sin que en materia de seguros haya una que imponga la satisfacción de tal formalidad en el supuesto de que el asegurador no pague la prestación a su cargo, lo que descarta la aplicabilidad de las normas en precedencia especificadas.

Estimar que con la notificación del auto admisorio de la demanda en la que se reclama a la aseguradora la indemnización a su cargo, sobreviene la mora de esta última, como cuestión automática, comporta en un buen número de casos, anticipar indebidamente el momento en que ello tiene ocurrencia, pues como ya se analizó, la demostración del siniestro y de la cuantía de la pérdida puede ser resultado de la actividad probatoria cumplida en el proceso, incluso, en segunda instancia, comprobaciones que son necesarias para computar el mes previsto en el artículo 1080 del estatuto mercantil, cuyo vencimiento fija la mora del asegurador y, por ende, el momento desde el cual éste queda obligado al pago de intereses de tal linaje”.

¹¹ Cfr. OSPINA F. GUILLERMO. Régimen General de las Obligaciones (8a Edición). Editorial Temis S.A., Bogotá, 2018, pág. 97.

Igualmente, la ley patria exonera al acreedor de una obligación dineraria de demostrar perjuicios al reclamar solo intereses moratorios. En esa hipótesis, el retardo del deudor automáticamente lo coloca en mora, según el artículo 1617 del Código Civil, que forma parte del Título XII del Libro IV del Código Civil y trata «*Del efecto de las obligaciones*». Esta regla normativa constituye una presunción de derecho y por ello no admite prueba en contrario.

Al estudiar esa norma jurídica, don Fernando Vélez¹² anota que:

Decimos que este artículo es una excepción a las reglas sobre perjuicios, porque señala los que debe satisfacer una persona que es deudora de una suma de dinero y no la paga el día que se vence el plazo; porque determina el hecho que constituye en mora al deudor, sin que sea necesario para que ésta exista reconvencción judicial (art. 1608, No. 1), y porque los intereses se deben sin tener en cuenta ni daño emergente, ni lucro cesante, ni si hay dolo por parte del deudor, o si los perjuicios pudieron o no preverse. En suma, basta la mora en el pago para que deba intereses el deudor.

Con esa misma orientación ideológica, Guillermo Ospina Fernández¹³ señala que los intereses moratorios son aquellos que el deudor debe costear a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituya en mora de pagar su crédito. Para dicho jurista:

El dinero, aunque esté representado por moneda fiduciaria, esto es, respaldada en todo o en parte por la fe del Estado, es también en sí mismo un bien patrimonial susceptible de constituir objeto de transacciones comerciales, ya a cambio de otros bienes, ya al facilitárselo alguien a otro para obtener como contraprestación el pago de un rédito o interés. (...) Teniendo en cuenta la preindicada

¹² VÉLEZ FERNANDO. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Imprenta París América, 2a. Edición, Bogotá, [Editado 1982] tomo VI, pág. 248.

¹³ Op. Cit. OSPINA F. GUILLERMO, pág. 280.

*naturaleza del dinero, su función en el intercambio comercial y la facilidad de su inversión, **el legislador reconoce, en general, su rentabilidad o aptitud para producir intereses que así constituyen los frutos civiles del dinero (art. 717); y, además, establece al respecto una serie de regulaciones que miran a varios fines, tales como el de sancionar el incumplimiento de las obligaciones de dinero, el de prefijar el monto de los intereses a falta de estipulación convencional** y, de otro lado, siguiendo una tradición legislativa inspirada en el propósito de combatir la usura, a mantener las estipulaciones al respecto dentro de los límites que se consideran razonables y justos.*

A partir de esta perspectiva, carece de fundamento la argumentación de la recurrente consistente en que no se pueden reconocer intereses de mora simplemente porque las partes no los pactaron. Aceptar tal tesitura implicaría ignorar que en las obligaciones monetarias esa partida opera *ipso iure* desde que la parte deudora incurre en mora. Esto, porque su objetivo es resarcir al acreedor por la falta de pago puntual del dinero, garantizando así la compensación automática por el incumplimiento contractual, es decir, indemnizar al beneficiario por no tener consigo el capital en el momento debido¹⁴.

Específicamente, el interés de mora tiene como función reparar el daño sufrido por el acreedor a causa del retraso en el cumplimiento de la obligación dineraria por parte del deudor, hasta el punto de que, según Messineo, constituye

¹⁴ PLANIOL, Marcel, Ripert, Geoger: Derecho Civil, V. 8, Harla, México, 1997, pág. 632; Concordante con HINESTROSA FORERO, Fernando: Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pág. 165. PADILLA, René: La mora en las obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 225; ALBALADERO, Manuel: Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones, Edisofer, Madrid, 2004, pág. 70.

la medida del resarcimiento¹⁵. Ello coincide con el pensamiento de Ambrosio Colin y H. Capitant, quienes sostienen que, en tal eventualidad, *«[e]l acreedor tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios sin que necesite acreditar alguna»*¹⁶. Igualmente, Karl Larenz explica que *«el acreedor de una obligación dineraria puede exigir en concepto de daños mínimos, que irrefutablemente se presumen derivados de la mora, los intereses»*¹⁷.

Todo lo anterior muestra el acierto del Tribunal al reconocer los intereses de mora solicitados, toda vez que estos se causaron ante el no pago oportuno de las últimas cuotas convenidas, sobre todo porque la deudora ninguna justificación plausible exhibió para ser eximida de atender esos débitos. Sin embargo, ese juzgador se equivocó al autorizar su liquidación con la tasa máxima y variable del artículo 884 del Código de Comercio. Aunque advirtió que las obligaciones derivaban de una operación de cambio y se pactaron en dólares estadounidenses, pasó por alto que debían cumplirse en esa moneda extranjera, según el artículo 874 del Código de Comercio, que establece que *«[l]as obligaciones que se contraigan en moneda o divisa extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible»*, lo cual se reafirma con el artículo 86 de la Resolución Externa n.º 1 de 2018, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, en la que se indica

¹⁵ MESSINEO, FRANCESCO: Manual de Derecho Civil y Comercial, t. IV. Pág. 339.

¹⁶ COLIN AMBROSIO y CAPITANT H. Curso Elemental de Derecho Civil. 4ª Edición. Teoría General de las Obligaciones, t. III. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones. Madrid, 1960, pág. 52.

¹⁷ LARENZ KARL. Derecho de Obligaciones. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958, pág. 350.

que «**[l]as obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada**» (se enfatiza).

Es crucial recordar que el ordenamiento jurídico nacional no establece una tasa específica de interés de mora o sancionatorio para obligaciones dinerarias en moneda extranjera que deben ser pagadas en esa divisa [operaciones externas]. Se trata de un tema que las partes pueden regular a través de su autonomía dispositiva, sin sobrepasar los límites de la usura. No obstante, si omiten establecer una tasa concreta, esto no impide el reconocimiento de la moratoria y tampoco su pago. En tal caso, se debe recurrir a la regla semejante que resulte pertinente y sea, por lo tanto, aplicable a través de analogía *legis* para llenar el vacío jurídico.

La norma más próxima es el artículo 2º de la Resolución Externa n.º 53 de 1992, de la Junta Directiva del Banco de la República, mediante la cual se fija una tasa máxima de interés moratorio del 25% efectiva anual para obligaciones pactadas en dólares estadounidenses y que, en principio, solo aplica para débitos surgidos de operaciones internas¹⁸,

¹⁸ Cfr. Concepto JDS-06787 de 30 de marzo de 2016 de la Junta Directiva del Banco de la República. En este se indicó que «*[e]n materia de operaciones de cambio, como lo son “Los actos, contratos y operaciones en virtud de los cuales un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente...”¹ así como “Todas aquellas que impliquen o puedan implicar pagos o transferencias de moneda extranjera entre residentes y no residentes en el país”², la Junta Directiva como autoridad cambiaria en general no ha señalado límites a las tasas de interés remuneratorio ni moratorio a que haya lugar ni normas supletorias. Por tanto, no existen límites a los intereses moratorios que se lleguen a cobrar, si son del caso, por la mora en el pago de laudos arbitrales que generen o se pronuncien sobre operaciones de cambio*». Esto en armonía con los Conceptos SCD-000039628 de 2 de febrero de 2024 y SCD-

pero que resulta pertinente, toda vez que, en este evento y en la precitada resolución, se alude a sumas convenidas en la misma divisa extranjera [dólares estadounidenses] que deben ser cumplidas en esa moneda, de ahí que sea apenas razonable, justo y coherente tomar la tasa máxima de interés de mora prevista en esa regulación legal como parámetro dirimente aplicable al sub júdice.

El error jurídico del Tribunal es evidente y trascendente, ya que, al aplicar el artículo 884 del Código de Comercio, que regula una tasa de interés variable para deudas en pesos, ignoró que las obligaciones dinerarias no solo fueron pactadas en dólares estadounidenses, sino que deben pagarse en esa divisa extranjera por hacer parte de una operación externa desde el punto de vista de la política cambiaria nacional. Ese desatino lo condujo a fijar el interés de mora con una tasa fluctuante e inapropiada, aun cuando debió aplicar por analogía *legis* el artículo 2º de la Resolución Externa n.º 53 de 4 de diciembre de 1992, que establece la tasa máxima legal respecto de operaciones en dólares estadounidenses, para así garantizar la homogeneidad entre lo accesorio y lo principal, de tal modo que se liquidara el interés de mora en la divisa en que se debe pagar el capital.

En resumen, el Tribunal cometió el error jurídico atribuido porque pasó por alto que las obligaciones dinerarias pendientes, pactadas en dólares estadounidenses como parte de una operación externa, deben pagarse en esa

000039844 de 7 de marzo de 2024, todos de la Secretaría de la Junta Directiva del Banco de la República.

moneda y que ello impide calcular su interés de mora con una norma exclusivamente destinada a deudas en pesos colombianos.

Lo contrario resultaría antitécnico e inapropiado, ya que el peso es una moneda blanda con una tasa fluctuante y variable. Luego, esa volatilidad podría generar distorsiones significativas en detrimento del deudor, pues le permitiría al acreedor obtener no solo la indemnización de los perjuicios por el no pago oportuno de su crédito, sino alcanzar ganancias exorbitantes. En contraste, el dólar estadounidense (USD) es una divisa dura, presente en la mayoría de las transacciones mundiales y con una estabilidad económica que limita su devaluación. Por ello, resulta evidente que la Resolución Externa n.º 53 de 1992, que fija la tasa de interés moratorio para obligaciones en esta moneda, es aquí la norma adecuada para asegurar la coherencia y la estabilidad en el cálculo de esa partida.

En vista del panorama anterior, la tercera acusación se abre paso, pero únicamente en el aspecto indicado, al configurarse la indebida selección normativa denunciada por la recurrente en torno a la tasa máxima seleccionada para liquidar el interés moratorio reconocido.

Por consiguiente, se casará parcialmente la sentencia impugnada y, en su lugar, se dictará la de remplazo ajustada a derecho.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. La Corte, situada como juez de instancia, tiene su competencia restringida al único aspecto del cargo que prosperó; por lo tanto, se circunscribirá a revocar la decisión del Tribunal que reconoció intereses de mora al tenor del artículo 884 del Código de Comercio, el cual no es aplicable a la operación externa en cuestión, para disponer su liquidación con la tasa aplicable por analogía *legis*. En los demás aspectos, la sentencia de segunda instancia se mantendrá incólume, sin necesidad de realizar otros análisis.

2. Unirep S.A. tiene derecho al reconocimiento de intereses de mora ante el incumplimiento de la Constructora Colpatria S.A., pero estos se liquidarán utilizando la tasa fija máxima del 25% efectiva anual prevista en el artículo 2º de la Resolución Externa n.º 53 de 1992 de la Junta Directiva del Banco de la República, aplicable por analogía *legis*. Ello se hará desde el día siguiente del vencimiento de cada obligación hasta su cancelación.

Esto se debe a que las obligaciones dinerarias emergieron de una operación contractual de cambio, realizada entre una sociedad colombiana y otra extranjera; además, fueron pactadas en dólares estadounidenses y la deudora automáticamente entró en mora desde el día siguiente al vencimiento del plazo acordado para saldar cada débito. No se requería su reconvención judicial (art. 1608, inc. 1 y 1615 del Código Civil).

Para el capital insoluto y el interés de mora se tendrá en cuenta la Tasa de Cambio Representativa de Mercado (TRM) vigente en el momento del pago, según lo pactado por las partes¹⁹.

Aun cuando la Secretaría de la Junta Directiva del Banco de la República ha sido enfática en conceptuar que, como autoridad cambiaria, *«no ha señalado límites a las tasas de interés remuneratorio ni moratorio a que haya lugar, ni normas supletorias»* y que *«[p]or tanto, **no existen límites para los intereses moratorios en el caso de las operaciones de cambio»***²⁰ (se enfatiza), también es cierto que el artículo 305 del Código Penal tipifica el delito de usura cuando se supera el límite legal, independientemente de si el exceso ocurre en operaciones internas o externas.

Tal panorama impide sobrepasar la tasa máxima del interés moratorio mercantil en Colombia. Esto halla respaldo, inclusive, en la doctrina clásica. Al efecto, Jossierand indica que *«[h]ay una materia en la que la libertad de las partes se encuentra, independientemente de toda idea de fraude, encerrada en ciertos límites. Cuando la deuda es de una suma de dinero, los daños y perjuicios moratorios no pueden ser fijados libremente por las partes sino solamente hasta un límite por encima del cual el interés sería usurario»*²¹.

¹⁹ Cfr. Ver inc. 2º de la cláusula quinta de la oferta contenida en el documento de 11 de junio de 2007, anexo a la demanda.

²⁰ Cfr. Conceptos JDS-28188 de 7 de diciembre de 2015, JDS-03054 de 19 de febrero de 2019 y SCD-000052048 de 6 de septiembre de 2024, entre otros.

²¹ JOSSERAND LOUIS. Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires. 1950, pág. 519.

A la luz de esta realidad, se concluye que, si la tasa fija del 25% efectiva anual reconocida en este evento supera, en algún período liquidable, la máxima moratoria del orden nacional en materia mercantil²², se aplicará esta última en el respectivo ciclo. Esto porque se trata de un asunto de orden público, relacionado con necesidades de convivencia social y sujeto a un límite legal que no puede ser excedido por ninguna circunstancia, bajo riesgo de incurrir en usura.

En consecuencia, se modificará el fallo apelado. En la parte resolutive se reproducirá la decisión que no sufrió alteración y, en lo demás, se harán los ajustes necesarios.

3. Según el numeral 1º, artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de ambas instancias a la demandada, y el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho de la última de esas fases.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** parcialmente la sentencia de 11 de noviembre de 2021, aclarada el 9 de diciembre de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso verbal de Unirep S.A. contra la Constructora Colpatria S.A.

²² Cfr. Art. 111 Ley 510 de 1999.

Sin costas en casación.

Y situada en sede de instancia,

RESUELVE

PRIMERO. Revocar la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. Declarar no probadas las excepciones de mérito invocadas por la Constructora Colpatria S.A.

TERCERO. Declarar que la Constructora Colpatria S.A. incumplió el contrato de asesoría celebrado con Unirep S.A., el 11 de junio de 2007 y, en consecuencia, se le condena a pagarle, dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, las siguientes sumas: (i) ciento treinta y seis mil seiscientos doce dólares estadounidenses con noventa centavos de dólar (U\$136.612.90), por la cuota n.º 11 exigible el 15 de agosto de 2009 y (ii) ciento treinta y seis mil seiscientos doce dólares estadounidenses con noventa centavos de dólar (U\$136.612.90), por la cuota n.º 12 exigible el 15 de septiembre de 2009.

Sobre esas cantidades la Constructora Colpatria S.A. deberá sufragar interés de mora a la tasa máxima fija del 25% efectiva anual, según el art. 2º de la Resolución Externa n.º 53 de 1992, de la Junta Directiva del Banco de la República,

respecto de la primera desde el 16 de agosto de 2009 y de la segunda a partir del 16 de septiembre de 2009, hasta el pago total de cada obligación. Si en algún período esta tasa supera la máxima moratoria en materia mercantil del orden nacional, se le aplicará esta última, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Para el capital insoluto y el interés de mora se tendrá en cuenta la Tasa de Cambio Representativa de Mercado (TRM) vigente al momento del pago.

CUARTO: Negar las pretensiones de la reconvención.

QUINTO: Costas de ambas instancias a cargo de la demandada, a favor de su contraparte. Inclúyase en las de segunda (\$7'500.000) por agencias en derecho, que fija el Magistrado ponente.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Radicación n.º 11001-31-03-001-2018-00093-01

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Fernando Augusto Jiménez Valderrama
Presidente de la Sala

Hilda González Neira
Magistrada

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Magistrada

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

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

Código de verificación: 04281A323FA59411D40F6A03044CF2878CCC05E802BEAB2A547B2D69DC888438

Documento generado en 2024-11-29