



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

SC1365-2022

Radicación n.º 11001-31-03-009-2013-00173-01

(Aprobado en sesión de veintiocho de abril de dos mil veintidós)

Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso extraordinario de casación que interpuso Servientrega S.A. contra la sentencia anticipada de 3 de febrero de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo que promovió la recurrente contra la Federación Nacional de Comerciantes – Fenalco, BBVA Colombia S.A. y BBVA Asset Management S.A.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

1.1. En su demanda reformada, Servientrega S.A. pidió que se declarara que BBVA Colombia S.A., como absorbente de Corfigan, es responsable de los actos negligentes de esta última «*en la elaboración del resumen ejecutivo de estudio de debida*

diligencia sobre el Banco de Caldas S.A. (...) que presentó a Fenalco, y que sirvió como base para fijar la estructura, los términos y condiciones en que se ejecutaría la compra del Banco de Caldas S.A. por parte de Fenalco, y posteriormente de sus afiliados durante el proceso de democratización».

También solicitó extender esa declaración a Fenalco, «*como consecuencia de la implementación del negocio propuesto por el Banco Ganadero Colombia, Banco Ganadero Panamá, Corfigan, Corregán y Fidugan, para la compra y posterior democratización del Banco de Caldas S.A. (...), porque no contó con un due diligence para promover la vinculación de sus afiliados al proyecto (...)*»

Como reparación por el daño que dijo haber sufrido, exigió que se condenara a las convocadas a pagarle \$24.575.505.449, «*por concepto de daño emergente*», junto con los réditos de mora causados «*sobre los abonos efectuados por Servientrega S.A. y/o Telegiros Ltda.*», liquidados a la tasa máxima que establece la ley mercantil.

1.2. Como primeras pretensiones subsidiarias, la convocante reclamó declarar que BBVA Colombia S.A. y Fenalco incurrieron en abuso del derecho durante las negociaciones «*para la compra y posterior democratización del Banco de Caldas S.A.*», con las consecuencias indemnizatorias previamente anotadas.

1.3. Como segundas pretensiones subsidiarias, suplicó reconocer que BBVA Asset Management S.A. (antes Fidugan) «*incumplió las obligaciones que adquirió mediante [los] contrato[s] de fiducia mercantil irrevocable*» que celebró con Servientrega S.A. y

Telegiros Ltda. el 22 de diciembre de 1994, inobservancia que causó perjuicios equivalentes a \$24.575.505.449.

2. Fundamento fáctico.

2.1. Durante la década de 1990, Fenalco consideró la necesidad de que sus afiliados se hicieran a la propiedad de una entidad bancaria, con el propósito de que pudieran acceder a condiciones crediticias y de plataformas de pago más favorables a las que ofertaba el mercado.

2.2. En ese escenario, Corfigan –en concurso con otras entidades que hacían parte del conglomerado empresarial del Banco Ganadero S.A.– ofreció estructurar para la agremiación de comerciantes la operación de adquisición de la propiedad accionaria del Banco de Caldas S.A.

2.3. Durante la fase preparatoria de esa negociación, Corfigan presentó a Fenalco un informe de *due diligence* acerca de la situación del Banco de Caldas S.A., cuyo auspicioso contenido determinó la decisión de compra, la cual terminó ejecutándose a través de un patrimonio autónomo administrado por Fidugan.

2.4. A dicho patrimonio autónomo se transfirieron los recursos que aportaron los distintos inversionistas para el pago de su participación accionaria, dineros que provenían principalmente de empréstitos bancarios, otorgados para fondar la operación. Asimismo, se le encomendó la custodia

de los títulos transferidos, los cuales servirían como garantía de pago de aquellos créditos.

2.5. Servientrega S.A. y Telegiros Ltda. –entidad que cedió todos sus derechos en favor de la actora– participaron en el proceso de democratización de la propiedad del Banco de Caldas S.A., que pasó a llamarse Banco Nacional del Comercio S.A., adquiriendo un total de 794.366.059 acciones, con fondos obtenidos mediante préstamos que les fueron otorgados por el Banco Ganadero S.A. Panamá.

2.6. El ejercicio del Banco del Comercio S.A. arrojó elevadas pérdidas, que terminaron dificultando el pago oportuno de los créditos otorgados por la institución bancaria extranjera.

2.7. Para afrontar la difícil situación, Servientrega S.A. y Telegiros Ltda. pagaron la totalidad de la deuda pendiente con un nuevo crédito, otorgado el 8 de septiembre de 1997, por el Banco BBV Colombia S.A. Sin embargo, no pudieron atender sus renovadas obligaciones financieras, razón por la cual Fidugan autorizó la dación en pago de todas las acciones adquiridas por las deudoras a favor de la última acreedora.

2.8. El ruinoso negocio que se describió previamente se explica a partir de las múltiples y graves deficiencias del *due diligence* elaborado por Corfigan, el cual fue acogido por Fenalco como argumento para promover la adquisición del Banco de Caldas S.A. entre sus afiliados, sin realizar previamente las verificaciones del caso.

3. Actuación procesal

3.1. Todas las demandadas propusieron como excepciones previas las defensas de «transacción» y «cosa juzgada» –conforme lo autorizaba el inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, entonces en vigor–. Lo anterior, con fundamento en el acuerdo que el 9 de junio de 1999 ajustaron Servientrega S.A. y el Banco BBV Colombia S.A., y en el convenio de 2 de septiembre de 2002, que celebraron Fenalco y la referida entidad bancaria.

3.2. Mediante sentencia anticipada de 9 de octubre de 2018, el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de «transacción» que alegaron todas las personas jurídicas convocadas.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El tribunal modificó lo decidido por el *a quo*, con el fin de desestimar las defensas de transacción que elevó Fenalco. En lo demás, confirmó el fallo apelado, al abrigo de los siguientes razonamientos:

(i) Es pacífico que «BBV Ganadero S.A. (hoy BBVA Colombia S.A.) celebró los días 9 de junio de 1999 y 2 de septiembre de 2002, dos acuerdos que denominó –en su orden– de “pagos” y “comercial”, vinculados al proceso de acompañamiento que él y algunas otras sociedades del entonces grupo financiero ganadero habían adelantado para la adquisición, democratización accionaria, administración y posterior fusión del Banco Nacional del Comercio: el primero con Servientrega S.A., el segundo con Fenalco».

(ii) En el acuerdo de pagos de 9 de junio de 1999, la actora convino con la entidad bancaria demandada que «en razón al plazo concedido por el banco para el pago del crédito y a la rebaja de parte de los intereses de su crédito inicial, y a que durante el plazo del crédito a que se refiere la cláusula 2ª no se cobrarán intereses, renuncian a incoar cualquier acción judicial o extrajudicial en contra del Banco Nacional del Comercio, Fidugan, Corfigan, BBV Banco Ganadero S.A., Banco Ganadero Panamá y cualquier otro integrante del grupo de empresas filiales o subsidiarias del BBV Banco Ganadero (...)».

(iii) Este acuerdo «constituye una típica transacción, toda vez que las partes precavieron un litigio eventual, que es uno de los objetos que le son propios (...), según lo establecido en el artículo 2469 del Código Civil, siendo claro que la disputa que se previno fue la que pudiera originarse en los procesos de adquisición de acciones del Banco Nacional del Comercio (...) o en la posterior fusión de esta banco con el hoy demandado, como lo expresaron los mismos firmantes».

(iv) Es claro, además, que «concesiones sí hubo, puesto que, por un lado, BBV Banco Ganadero S.A. le condonó a Servientrega S.A. unos intereses causados (que redujo de \$4.930.000.000 a \$3.675.000.000), le amplió el término para amortizar la deuda (hasta el 9 de junio de 2009) y renunció a la remuneración del capital durante ese plazo»; ello como contraprestación a la renuncia a toda acción judicial o extrajudicial de parte de Servientrega S.A.

(v) Cabe precisar que «la transacción no requiere que las partes, previamente, hayan expresado la posibilidad de entrar en pugna por determinada cuestión, [por lo que] no existe modo de afirmar que una y otra sociedad debieron, así sea en forma unilateral, hacer explícita una posible contienda, y menos aún que hubieran entrado en conversaciones o pláticas sobre el punto de discordia. Para la ley es

suficiente que se trate de un “litigio eventual”, es decir (...), que está sujeto “a cualquier evento o contingencia”.

(vi) Adicionalmente, las pruebas indican que antes del 9 de junio de 1999 las partes se habían cruzado varias comunicaciones, en las que se hizo referencia a la posibilidad de «iniciar acciones legales» en contra del entonces BBV Banco Ganadero S.A., por lo que «cae en el vacío todo el planteamiento relativo a los rasgos que debe reunir el litigio pendiente o eventual».

(vii) Dada la naturaleza de la transacción, «no pueden los jueces, sin poner en grave riesgo la confianza que va implícita en este tipo de convenios, permitir que una de las partes pretenda desconocer las obligaciones que contrajo, por la vía de fustigarle a su contraria la firmeza que tuvo en la defensa del derecho que finalmente se le concedió, relativo a la clausura definitiva de un litigio».

(viii) Aunque lo expuesto permite refrendar el despacho favorable de la defensa de transacción, sus alcances solo han de extenderse a BBVA Colombia S.A. y a las demás entidades financieras en cuyo favor se estipuló el contrato de 9 de junio de 1999. Lo anterior, en tanto Servientrega S.A. no fungió como parte en el acuerdo comercial invocado en sustento de la oposición de Fenalco, por lo que este «no produce efectos de transacción respecto de [ella]».

DEMANDA DE CASACIÓN

Al sustentar su recurso extraordinario, la actora formuló un solo cargo, al amparo de la causal primera del artículo 336 del Código General del Proceso.

CARGO ÚNICO

La actora denunció la infracción directa de los artículos 1506, 2469 y 2483 del Código Civil, arguyendo que el tribunal erró al dar alcances de transacción «*al acuerdo de pagos que con fecha 9 de junio de 1999 concertaron BBVA Colombia y Servientrega S.A.*». A fin de apuntalar esa censura, expuso:

(i) Para que un acuerdo de voluntades pueda ser calificado como una verdadera transacción, en los términos del artículo 2469 del Código Civil, «*se requieren en especial tres requisitos formativos, a saber: a) la existencia entre los transigentes de una cuestión controvertida litigable, haya o no respecto de ella un proceso en marcha, lo que presupone necesariamente la presencia de un vínculo entre aquellos el cual, si ha dado lugar a un pleito o desacuerdo susceptible de desembocar en él, ofrece una incertidumbre que la transacción tiene la finalidad de disipar sin esperar a que se intente obtener o se produzca una resolución judicial (...); b) la intención inequívoca de ponerle fin mediante arreglo comercial a dicha disputa, manifestada esta bien en un pleito actual que de ese modo termina total o parcialmente, o bien en uno de inminente ocurrencia que de igual manera se previene (...); y c) las concesiones recíprocas entre las partes que transigen sus diferencias, concertadas con ese específico propósito*».

(ii) El primero de los referidos requisitos, es decir, «*la existencia de una situación litigiosa*», no puede entenderse satisfecho solamente con «*la presencia de un enfrentamiento más o menos etéreo de intereses económicos contrapuestos*», dado que «*lo que distingue a una litis “es la presencia de una pretensión a la cual se contrapone una contestación del sujeto contra el cual se hace valer tal pretensión” (...)*. Si se tratara de una pura afirmación de simples intereses económicos contrapuestos, aun cuando cada parte aspirara a

ser complacida por un juez (...), no podríamos hablar de litigio ni siquiera en potencia».

(iii) Así las cosas, la exigencia en mención se cumple cuando *«se haya caracterizado de modo concreto visto el conflicto jurídico derivado de la pretensión de una de las partes y de la opuesta pretensión de su contraparte, aunque por supuesto no se exige que una y otra sean identificadas técnicamente con la claridad y exactitud que por lo general exigen las leyes de procedimiento civil».* De ahí que *«salte a la vista el desacierto en que incurre el fallador de segundo grado al hacer manifiesta su sorpresa ante la afirmación de la parte actora en el proceso del rubro, en el sentido de que no había litigio, y responder haciendo gala por demás de desdeñosa suficiencia, que “desde luego lo había, aunque las pruebas no den cuenta de que la hoy demandante hubiera esbozado, en concreto, algún tipo de aspiración o materializado actos extrajudiciales que revelaran una pretensión...”».*

(iv) Ya en lo que tiene que ver con el último de los reseñados requisito de la transacción, *«consistiendo el mismo en la abdicación o abandono parcial de sus pretensiones, realizado por cada uno de los contratantes en favor del otro, si bien es verdad que no se requiere paridad en tales concesiones, de modo que sean ellas de igual o equivalente importancia material o espiritual, no quiere ello decir que no deba mediar entre ellas, al compás de las circunstancias presentes en el caso, un cierto grado razonable de reciprocidad, tarea difícil (...), pero no descartable a punta de arrogante dogmatismo conceptual y nada más, ejemplo de lo cual brinda lamentable ejemplo (sic) el fallo impugnado».*

(v) Por ese sendero, *«sin quebrantar rectamente el artículo 2469 del Código Civil, no puede aseverarse (...) que hay lugar a reconocer una transacción (...) frente a convenios en que, cual ocurre en la especie litigiosa sub lite, existiendo entre las partes que dicen transigir*

obligaciones pecuniarias producto de operaciones bancarias de crédito pendientes de ser cubiertas en favor de una de ellas y a cargo de la otra, esta última (...) en atención a las facilidades de pago que le otorga la entidad financiera acreedora en ejercicio de una prerrogativa que es de normal suceso en el ámbito de su actividad comercial, se allana renunciando inmutable y definitivamente a hacer valer, judicial o extrajudicialmente, pretensiones resarcitorias de todo tipo, cualquiera que fuere la causa, contractual o extracontractual de las mismas, contra por lo menos cuatro entidades identificadas, integrantes de una acaudalada y activa organización empresarial, a quienes, a juicio de la renunciante, cabría deducirles (...) responsabilidad profesional emergente de la impericia e inexcusable falta a la debida diligencia y cuidado en que (...) incurrieron en la intervención gestora que desempeñaron en el fracasado emprendimiento del proceso de saneamiento patrimonial del Banco de Caldas».

(vi) Por ende, el acuerdo de 9 de junio de 1999 reflejaría «tal vez un reconocimiento de deuda, acompañado del acto de renuncia en cuestión, conjugados con una liberalidad a medias, por cierto no despreciable en su importe, del acreedor bancario, que a la realización de tales actuaciones hipotéticamente podría proporcionarles aparente justificación, pero nunca una transacción reveladora de una justa autocomposición de pretensiones supuestamente abandonadas, cuya cuantía hasta ahora estimada supera con creces la suma de COP \$50.000.000.000».

(vii) En suma, «el órgano jurisdiccional sentenciador, al apreciar impropriamente los elementos esenciales cuya concurrencia permite reconocer en el plano jurídico la existencia de una transacción e imponen a su vez la necesidad, frente a las exigencias decisorias del caso litigado, de hacer actuar los efectos que a acuerdos contractuales de esa naturaleza les atribuye la ley, incurrió evidentemente en las infracciones denunciadas aplicando indebidamente al acuerdo de pagos que con fecha 9 de junio de 1999 realizaron, por una parte Servientrega

S.A. (...) y por la otra BBVA Colombia, los artículos 2469, 2483 y 1506 del Código Civil, y reconocerle en la sentencia impugnada (...) fundamento a la excepción de fondo de transacción».

CONSIDERACIONES

1. Violación directa de la norma sustancial.

Si la censura se construye acusando la sentencia de trasgredir, en forma directa, una norma sustancial, el censor debe acreditar que, sin alterar la representación de los hechos que se formó el tribunal a partir del examen del material probatorio, el ordenamiento jurídico imponía una solución de la controversia opuesta a la adoptada en la providencia que puso fin a la segunda instancia.

En ese sentido, la fundamentación de la acusación ha de dirigirse a demostrar que el *ad quem* dejó de aplicar al asunto una disposición que era pertinente, aplicó otra que no lo era, o que, eligiendo la pauta de derecho correcta, le atribuyó efectos distintos a los que de ella dimanaban, o los restringió de tal manera que distorsionó los alcances ideados por el legislador.

Expresado de otro modo, esta clase de agravio a la ley sustancial es completamente independiente de cualquier error en la valoración probatoria; además, su estructuración se presenta por tres vías, de contornos bien definidos: la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación

errónea de la norma de derecho sustancial. Así lo explica el precedente:

«(...) La violación directa de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera (...), acontece cuando el sentenciador, al margen de toda cuestión probatoria, deja de aplicar al caso controvertido la disposición sustancial a que debía someterse y, consecuentemente, hace actuar las que resultan extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la disposición rectora del asunto, yerra en la interpretación que de ella hace. [P]or lo mismo, cuando el ataque en casación se funda en la causal que se comenta, compete al recurrente centrar sus juicios exclusivamente sobre los textos legales que considere inaplicados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados, prescindiendo, desde luego, de cualquier consideración que implique discrepancia con las apreciaciones fácticas del sentenciador, cuestión esta que solo puede abordarse por la vía indirecta» (CSJ SC9100-2014, 11 jun; reiterada en CSJ SC1819-2019, 28 may.).

2. La existencia de un derecho disputado como elemento esencial del contrato de transacción.

En cuanto a los elementos esenciales del contrato de transacción, esta Corporación ha precisado:

*«El artículo 2469 del Código Civil, que se ocupa de la noción de la transacción, expresa que “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. De esta definición, que le ha merecido la crítica de ser incompleta, la doctrina de la Corte tiene sentado que **son tres los elementos estructurales de la transacción**, a saber: a) **la***

existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes; y c) su voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado (Casación Civil de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y 480; 6 de junio de 1939, XLVIII, 268; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 22 de febrero de 1971, CXXXVIII, 135). Teniendo en cuenta estos elementos, se ha definido con mayor exactitud la transacción, expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual» (CSJ SC, 29 oct. 1979, G. J. t. CLIX, pp. 301 a 305).

Conforme se sigue de la definición legal –inserta en el citado artículo 2469– y del precedente consolidado de la Sala, la existencia de un derecho en contienda entre los estipulantes constituye un requisito de la esencia de la transacción, sin el cual esa convención, «o no produce efecto alguno, o degene[ra] en otro contrato diferente», en los términos del canon 1501 del Código Civil. De ahí que el propio legislador hubiera recabado en que «no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa».

Ahora bien, que un derecho esté en disputa (o *en litigio*) implica que (i) dos personas se atribuyan de forma excluyente el mismo derecho –como ocurre cuando ambas dicen ser propietarias de la misma cosa–, o que una crea ser acreedora de otra, y esta última no acepte su condición de deudora, o controvierta el contenido de las prestaciones a su cargo; y (ii) que esa tensión de intereses contrapuestos no haya sido

remediada definitivamente, como secuela de un acto jurídico o una decisión jurisdiccional.

Por esa vía, no habrá transacción si una parte se allana a las pretensiones de otra, o desiste de las propias, porque esas manifestaciones de voluntad conllevan la absoluta conformidad con la postura jurídica de la contraparte, es decir, la ausencia de una verdadera desavenencia que amerite composición. Tampoco podrán las partes transigir válidamente un litigio ya concretado mediante sentencia judicial en firme, precisamente porque tal pronunciamiento disipa cualquier vaguedad con relación al derecho en contienda, restándole validez al pacto.

En contraposición, mientras no se adopte una solución convencional o judicial definitiva sobre el conflicto, y subsista –por lo mismo– la incertidumbre propia de la litispendencia, los contendores podrán fijar de mutuo acuerdo el alcance de sus derechos renunciables, «**mediante el sacrificio recíproco del derecho que cada una de las partes cree poseer**» (CSJ SC, 12 dic. 1938, G.J. t. XLVII, pág. 478-483).

3. El contenido del acuerdo transaccional.

Conforme se expuso en precedencia, la autonomía de la voluntad permite a los litigantes redefinir sus derechos disponibles –o *transigibles*–, resignando la posibilidad de verlos plenamente realizados, con el propósito de construir una solución autocompositiva al conflicto, que puede ser diversa de la respuesta –objetiva– que el ordenamiento

jurídico pudiera asignar a la controversia, si es que así lo convienen los estipulantes.

Expresado de otro modo, la transacción permite que la composición del conflicto se ajuste únicamente a lo pactado, como vía alternativa a la aplicación de las consecuencias jurídicas que establecen las normas sustanciales. Lo anterior impide parangonar las expectativas iniciales de los litigantes con las resultas del acuerdo transaccional, pues mientras las primeras corresponden al derecho que cada parte cree tener, las segundas tienen como fuente el concierto de voluntades de los contratantes, orientado a precaver un litigio en ciernes, o terminar el que está en curso.

En ese sentido, el contrato de transacción no puede quedar reducido a una simple “rebaja” de lo que se pide, o un “aumento” de lo que se ofrece, según el caso. En realidad, el citado acto jurídico puede entrañar el reconocimiento parcial de lo que se reclama, pero también dar lugar a la extinción de las relaciones jurídicas existentes y la creación de otras nuevas, diseñadas por los oponentes como mecanismo alternativo para la solución del conflicto en el que están involucrados, sin limitantes distintas de las que imponen las normas imperativas.

4. Hechos que el *ad quem* tuvo por probados.

En sustento de su fallo anticipado, el tribunal adujo que BBV Colombia S.A. y Servientrega S.A. celebraron un convenio denominado “acuerdo de pagos”, en virtud del cual

la entidad bancaria redujo en \$1.273.000.000 el monto de lo adeudado por la sociedad demandante, y difirió el pago de la obligación insoluble incorporada en el pagaré n.º 100009501 (que totalizaba \$21.103.718.000) en veinte instalamentos, pagaderos semestralmente, y sobre los cuales no se causarían réditos remuneratorios.

La colegiatura de segunda instancia también advirtió que, a voces de la cláusula cuarta del contrato,

«(...) EL DEUDOR [Servientrega S.A.] y todas las empresas y personas pertenecientes, propietarias, accionistas o vinculadas al grupo Servientrega S.A., sus matrices o subordinadas, y a Telegiros Ltda., sus matrices o subordinadas, manifiestan que en razón al plazo concedido por EL BANCO [BBV Banco Ganadero S.A.] para el pago del crédito y a la rebaja de parte de los intereses del crédito inicial, y a que durante el plazo del crédito a que se refiere la cláusula segunda no se cobraran intereses, renuncian a incoar cualquier acción judicial o extrajudicial en contra del Banco Nacional del Comercio, Fiduciaria Ganadera S.A. Fidugan, Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan, BBV Banco Ganadero, Banco Ganadero S.A. Panamá y contra cualquier otro integrante del grupo de empresas filiales o subsidiarias del BBV Banco Ganadero, o contra cualquiera de sus funcionarios o empleados, originadas dichas acciones judiciales o extrajudiciales: en los procesos de adquisición de acciones del Banco Nacional del Comercio por parte de cada uno de quienes de acuerdo con la cláusula primera del presente documento conforman EL DEUDOR y las otras personas mencionadas; u originadas en la posterior fusión de dicho Banco con el BBVA Banco Ganadero. Quienes suscriben este documento como deudores; como representantes legales de las sociedades que representan, y también a título personal, renuncian a las acciones

judiciales o extrajudiciales en los términos de la presente cláusula. Lo aquí expresado, para todos los efectos legales, constituye una transacción orientada a precaver un litigio eventual entre las partes»¹.

A partir del contenido de ese “acuerdo de pagos”, el *ad quem* estableció la presencia de dos de los elementos estructurales de toda transacción: las concesiones recíprocas entre las partes, y la intención de estas de sortear futuras controversias, puntualmente tocantes con «*los procesos de adquisición de acciones del Banco Nacional del Comercio*».

Y ya en lo que tiene que ver con el requisito restante, es decir, la presencia de un derecho disputado, la corporación dijo inferirla de (i) el acta de asamblea general de accionistas del Banco Nacional del Comercio S.A. de 7 de octubre de 1998, donde un vocero de la actora –el señor Carlos Alberto Valderrama– aludió a la posibilidad de «*entablar acciones legales*» en razón de lo sucedido durante la operación de adquisición, que calificó como «*un raponazo a quienes de buena fe intentamos participar en esto*»²; y (ii) el acta de junta directiva de Servientrega S.A. de 25 de mayo de 1999, en la que se registró la discusión y aprobación del texto de la cláusula transaccional que se reprodujo *supra*³.

5. Resolución del cargo.

¹ F. 815, cdno. principal.

² F. 263, cdno. 2.

³ F. 1279, cdno. 1B.

5.1. En el único cuestionamiento propuesto, la recurrente indicó que la cláusula cuarta del mencionado “acuerdo de pagos” no correspondía realmente a una transacción, pues para cuando las partes celebraron el convenio –9 de junio de 1999– Servientrega S.A. no había elevado ninguna reclamación a las ahora demandadas, orientada a que le indemnizaran los daños causados en el marco de la operación de democratización de acciones del Banco Nacional del Comercio S.A.

Sin embargo, no existe ninguna pauta jurídica o lógica que sustente esa relación de dependencia, siendo perfectamente viable que surja una tensión de derechos entre dos o más personas, sin que se eleven entre sí peticiones concretas. Basta con que las circunstancias permitan avizorar razonablemente una potencial disputa jurídica futura, para que las partes queden habilitadas para transigir esas diferencias de manera consensuada.

Así se sigue de los hechos que tuvo por demostrados el tribunal, y que no son rebatidos por la casacionista –pues esta eligió la vía directa para atacar el fallo de segunda instancia–. Nótese que el malestar expresado por Servientrega S.A. era evidente, al punto que esta había exteriorizado formalmente su intención de promover una demanda en caso de no poder arribar a algún acuerdo con relación a las pérdidas sufridas durante la operación del Banco Nacional del Comercio S.A.

A esas evidencias, además, se suman otros factores que apuntan en la misma dirección. Nótese que los hechos en los que se fincan las pretensiones acaecieron antes del 9 de junio de 1999 –fecha en la que se ajustó la transacción–, y es claro también que esas circunstancias eran conocidas por Servientrega S.A., o al menos debían serlo, por corresponder a información relevante de la millonaria inversión que había realizado.

Es de suponer que un comerciante avezado, como a no dudarlo lo es la sociedad actora, supervisaba con detalle el ejercicio de la entidad bancaria en la que tenía una participación accionaria relevante, y que, por lo mismo, era consciente de que su realidad financiera no acompañaría con el panorama que planteó el informe de *due diligence* preparado por Corfigan, así como de las obligaciones que esta última asumió durante la preparación del proceso de democratización de acciones de que se viene hablando.

Y si, a pesar de disponer de toda la información pertinente, Servientrega S.A. no hubiera advertido por sí misma la existencia de los hechos generadores del conflicto que dio origen a este proceso, los mismos debieron revelarse ante sus ojos al leer la misiva «*confidencial*» que Fenalco dirigió a todos los socios del Banco Nacional del Comercio S.A. en el mes de octubre de 1998 –documento que aportó la propia demandante–, pues allí se dijo expresamente que

«(...) la verdad es que la crisis al interior del Banco no fue detectada en su verdadera dimensión en el estudio hecho

por el Grupo Ganadero y las recomendaciones **no guardaban proporción con la realidad de las malas inversiones y la pésima cartera del banco** y se volvió casi imposible administrar el BNC (...). Fenalco, en representación del gremio y de los comerciantes, y como accionista, protestó airadamente en la Asamblea Extraordinaria y en las juntas a las que fue invitado (...) y **exigió compensación adecuada por los títulos de los accionistas del BNC**. Además, ha solicitado reiteradamente que se suspendan los cobros de intereses por parte de la fiduciaria (...). El Banco Ganadero no ha respondido favorablemente, y por lo tanto apreciamos que **no hay otra alternativa que exigirles jurídicamente una compensación por la responsabilidad que a ellos les corresponde** (...). Esperamos que el Banco Ganadero tenga la consideración que se merecen los comerciantes, porque de lo contrario por orden de los compradores se adelantará un reclamo contra esa institución financiera, para resarcir a quienes, confiando en los análisis del banquero de inversión, compraron acciones del BNC»⁴.

En ese orden, resulta razonable asumir, en línea con lo sostenido por el *ad quem*, que la demandante era consciente de la existencia de un litigio potencial subyacente a la realidad que conocía –o debía conocer–, y que fue ello lo que tuvo en mente al exteriorizar su inequívoca voluntad de «renunci[ar] a incoar cualquier acción judicial o extrajudicial en contra de (...) cualquier (...) integrante del grupo de empresas filiales o subsidiarias del BBV Banco Ganadero, (...) originada (...) en los procesos de adquisición de acciones del Banco Nacional del Comercio».

Entender lo contrario implicaría admitir, sin ningún fundamento, que (i) la convocante renunció al desgaire a

⁴ Ff. 797 a 901, cdno. Principal.

elevantes pretensiones de cualquier naturaleza, derivadas del descalabro económico del Banco Nacional del Comercio S.A., en favor de todas las sociedades que participaron en la estructuración de un negocio que era fuertemente cuestionado desde aquel entonces; y (ii) que el Banco BBV Colombia S.A. declinó por mera liberalidad el cobro de \$1.273.000.000 de intereses causados y el de los réditos remuneratorios futuros de un capital de \$17.446.718.000, pagadero en un período de diez años.

En suma, las variables subjetivas y objetivas que confluyen en este caso muestran con claridad que la voluntad de las partes se orientó a transigir un conflicto que existía y del que eran plenamente conscientes, tal como lo describieron en el texto de la estipulación pertinente, cuya validez no fue puesta en duda por la casacionista en su demanda inicial, ni tampoco en la sustentación del remedio extraordinario.

5.2. Por otra parte, Servientrega S.A. criticó –de forma algo tímida– que no existía proporcionalidad entre los derechos que renunció a litigar, y el favorecimiento económico que le otorgó el BBV Colombia S.A. No obstante, en el cargo se obvió ilustrar exactamente en qué consistiría esa desproporción, y no se explicó tampoco cuál regla de derecho serviría para establecer la relación de magnitud extrañada por la recurrente, lo que equivale a decir que, en punto a lo anterior, la acusación es incompleta.

A ello cabe agregar que, por vía general, los sacrificios recíprocos de las partes apuntan a la bilateralidad de los compromisos asumidos en virtud de la transacción, y no necesariamente a una coincidencia exacta entre lo que se disputaba y lo que terminó acordándose. De hecho, el postulado debe ser exactamente el contrario, esto es, que las partes son libres para renunciar a sus reclamos, y redefinir el contenido de los derechos patrimoniales en disputa como lo consideren pertinente, a fin de arribar a una solución autónoma y definitiva del conflicto.

En conclusión, el cargo no prospera.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia anticipada de 3 de febrero de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo que promovió la recurrente contra la Federación Nacional de Comerciantes – Fenalco, BBVA Colombia S.A. y BBVA Asset Management S.A.

SEGUNDO. CONDENAR a la actora, como impugnante vencida, al pago de las costas procesales de esta actuación.

En la liquidación inclúyanse \$6.000.000, que el Magistrado Sustanciador señala como agencias en derecho.

TERCERO. Por secretaría remítase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidenta de Sala

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

(En comisión de servicios)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

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: 53391519582970A5AD67C8A0C97D7FC0CF9D7763C923DED198E8C4369E915371

Documento generado en 2022-06-06