

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA**

Magistrado Ponente: Dr. Rafael Romero Sierra

Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).-

Referencia: Expediente No. 4962

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 1o. de marzo de 1994, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en el proceso ordinario de la sociedad Circuito Presidente Limitada contra la Compañía de Fomento Cinematográfico-Focine-.

I. Antecedentes

1. La primera de las citadas compañías demandó a la segunda, para que con citación y audiencia de su representante legal, y previo el trámite del proceso ordinario, se declarase que ésta incurrió "en culpa in contrahendo al defraudar la confianza y la seriedad con que la Sociedad Circuito Presidente Ltda. se condujo en la ejecución de los tratos y compromisos precontractuales celebrados con ocasión de la compraventa del Teatro Faenza, en la ciudad de Bogotá", causándole los perjuicios económicos cuya indemnización solicita del siguiente modo: por concepto de daño emergente, "el monto de los intereses corrientes y moratorios que las sumas de \$50.680.591.26 y \$80.000.000.00 han generado hasta la fecha del dictamen"; el valor de los intereses que hubiere podido producir la suma de 45 millones de pesos, que no percibió la demandante al incumplir Focine lo acordado en el "proyecto de promesa de compraventa" del teatro y declarando que el pago de lo que la actora debe a Focine por concepto de impuestos queda supeditado a la venta efectiva del precitado teatro, en las mismas condiciones pactadas y sin los intereses causados hasta la fecha del dictamen. Pídese finalmente la declaración de que por el hecho de no haber

recibido la cantidad de 170 millones de pesos, la actora "ha sufrido una grave parálisis en su actividad", debiéndola indemnizar la demandada.

Puntualiza el libelo que los intereses reclamados deben ser calculados desde cuando la actora debió recibirlos y hasta cuando "razonablemente pueda descongelar el Teatro Faenza y celebrar una nueva negociación, con un tercero, para recuperar el costo financiero en que ha incurrido por la colocación del bien fuera del mercado".

2. El soporte fáctico de la demanda está dado por los hechos que a continuación se abrevian en lo sustancial:

a) La demandante, deudora de Focine por concepto del impuesto que creó la [ley 55 de 1985](#), ofreció a ésta, el 19 de julio de 1990, la venta del Teatro Faenza, "como solución de pago". Oferta que se convirtió en un verdadero "compromiso precontractual", a raíz de "las conversaciones telefónicas sostenidas con los doctores Neftalí Rengifo y Maruja Pachón, gerentes de Focine en su momento", quienes recibieron, a pedido suyo, "las comunicaciones del 10 y 17 de octubre y dos cartas del 2 de noviembre de 1990", en las que, amén de reiterarse el ofrecimiento, se adjuntaron documentos relativos al inmueble, tales como certificado de tradición y planos del teatro.

Tal fórmula de pago se adelantó al punto que se solicitó avalúo del inmueble, y Focine lo recibió del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, a mediados de enero de 1991.

b) En vista de que la [ley 49 de 1990](#) otorgó una amnistía a los contribuyentes del impuesto de cine, aquélla negociación se ajustó al nuevo valor de la deuda, reflejándose así en el Acuerdo de Pago que se firmó. "Por esta razón se obligaron Focine y Circuito Presidente Ltda. a celebrar antes del primero de Marzo de 1991, un contrato de promesa de compraventa del Teatro Faenza", bajo el convenio de que con el producto de la venta pagaría la actora el impuesto debido. Focine, pues, fue consciente de que el negocio se celebraba "por la sola razón de la decisión irrevocable" de comprar el teatro.

c) En cumplimiento de las obligaciones surgidas de tal Acuerdo de Pago, Circuito Presidente Ltda. redactó, en compañía del doctor Alfredo Fajardo, Asesor Jurídico de Focine, el proyecto de promesa de

compraventa, cuyo precio acordado se pagaría así: 80 millones, a más tardar el primer día hábil de junio de 1991, que el prometiente vendedor autoriza cancelar al Banco Ganadero; 45 millones, a más tardar el primer día hábil de septiembre de 1991; 45 millones, a más tardar el primer día hábil de diciembre de 1991, suma ésta destinada exclusivamente a la cancelación de la multicitada deuda de impuesto al cine, para lo cual recibió Focine la correspondiente autorización.

Sólo restaba, pues, firmar la promesa; "pero Focine nunca cumplió".

d) De las obligaciones contraídas por las partes no había duda alguna; así que la actora, y como compromiso perteneciente a ese convenio, desistió de las acciones que, contra las resoluciones que imponían el pago del impuesto al cine, adelantaba en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Si Focine no hubiera manifestado la decisión irrevocable de comprar el teatro, la demandante "no hubiera saltado al vacío perdiendo una magnífica oportunidad de victoria judicial, como era la que estaba adelantando ante el Tribunal".

e) A pedido de Focine (carta de 16 de julio de 1991, suscrita por el doctor Javier Cortázar), la demandante gestionó en el Banco Ganadero la subrogación del crédito hipotecario que "tenía con dicho Banco", convencida de que la aquí demandada cumpliría. Mas, transcurridos dos meses de espera, Focine comenzó a dilatar la negociación, muy a pesar de que su Junta Directiva la había autorizado en sesión de 15 de febrero de 1991.

La actora le hizo saber entonces su preocupación, comoquiera que "la venta del Teatro Faenza se había constituido en la garantía de cumplimiento del Acuerdo de Pago del 31 de enero de 1991 y había dejado a Circuito Presidente Ltda. sin la posibilidad jurídica de poner el Teatro en el mercado".

Focine respondió (oficio del 11 de octubre de 1991) informando que había decidido "no continuar con la operación de compraventa del Teatro Faenza"; desconoció, así, los esfuerzos económicos y financieros que durante casi un año de "negociaciones precontractuales" hizo la actora, con el "advenimiento de una parálisis grave en su actividad empresarial". No advirtió la

violación de su responsabilidad precontractual, pues que "defraudó la confianza y la seriedad con la que Circuito Presidente Ltda. ejecutó las obligaciones que asumió como fruto del acuerdo de compraventa del Teatro Faenza"; desconoció el Acuerdo de Pago de 31 de enero de 1991, que incluía la venta del teatro como medio de pago que había sido aceptado para cancelar la deuda correspondiente a impuestos.

Como consecuencia de la burla de que fue víctima, la actora atraviesa una crisis económica profunda.

3. Focine se opuso a las pretensiones, negando los supuestos fácticos que le endilgan responsabilidad. En general, admitió que le fue ofrecido en venta el Teatro Faenza, pero aclarando que **no se trataba de una dación en pago** de la obligación derivada de los impuestos, sino de un negocio por completo diferente, "con el cual el hoy demandante-probablemente-pretendía conseguir los fondos necesarios para el pago de sus impuestos"; es decir, que Focine en ningún momento aceptó la compraventa del teatro "como fórmula de pago"; ni así se hizo figurar en el Acuerdo de Pago que menciona la actora, en cuya cláusula tercera, por el contrario, aparece una forma de pago "que nada tiene que ver con la venta del Teatro Faenza". Solamente "en la cláusula Sexta se hace referencia a un 'contrato de promesa de compraventa'-no de venta-y eso como simple garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo". Circuito Presidente Ltda. sí formuló la propuesta de cumplir su obligación tributaria con el producto de la venta susodicha, pero tal propuesta "no fue nunca aceptada"; y fue ella misma la que elaboró el proyecto de la promesa de compraventa, a la que seguramente Focine sugirió algunas correcciones, a juzgar por la comunicación que la demandante le envió el 26 de febrero de 1991. De otra parte, el desistimiento de las acciones instauradas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, constituía unas de las condiciones para llegar al Acuerdo de Pago del impuesto, con el beneficio que para el contribuyente consagró la [ley 49 de 1990](#).

Apoyada en todo ello dijo excepcionar alegando ausencia de todos los elementos de la responsabilidad, especialmente el que hace a la culpa in contrahendo que se le imputa; denotando el carácter eventual de los perjuicios que se reclaman; y aduciendo, por último, "imposibilidad jurídica por parte del demandado, para realizar la conducta cuya omisión ha generado los presuntos perjuicios". Dentro de los hechos en que se fundamentó, cabe destacar: que el

16 de julio de 1991, el gerente encargado de Focine "realizó una propuesta en relación con la promesa de venta, consistente en pagar parte del precio mediante la subrogación ante el Banco Ganadero, de la obligación que para con él tenía Circuito Presidente Ltda."; que el 26 de julio siguiente, la actora hizo llegar a Focine la carta del Banco Ganadero, en la que éste se negó a la subrogación, "e informa que FOCINE debe tramitar una solicitud especial de crédito, directamente ante el Banco, para lo cual debe presentar entre otros documentos un 'certificado de disponibilidad presupuestal, emitido por la Contraloría correspondiente'"; que el 4 de julio de 1991 empezó a regir en el país la nueva Constitución Nacional, estado de cosas en el cual el gerente de Focine solicitó permiso a la Junta Directiva "para la celebración del contrato de empréstito con el Banco Ganadero"; permiso que ésta negó en sesión de septiembre de 1991, y así se comunicó a la demandante el 11 de octubre siguiente.

4. Mediante sentencia desestimativa que profirió el juzgado quince civil del circuito de Bogotá, calendada el 15 de agosto de 1993, culminó la primera instancia. Y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, al conocer de la apelación interpuesta por la demandante, la confirmó mediante la suya que, a su turno, fue recurrida en casación por la misma parte.

II. La sentencia del tribunal

Relatada la historia del litigio y comprobada la viabilidad de un fallo de mérito, el sentenciador reprodujo algunas decisiones de la Corte que atañen a la responsabilidad precontractual, para destacar a continuación que la ley ha querido evaluar la conducta de las partes "en el umbral del contrato cuando este se halla en cierne", particularmente cuando la negociación finalmente resulta frustrada. Punto en derredor del cual hizo las siguientes observaciones:

a) El demandado en juicio de responsabilidad precontractual está amparado por la presunción de la buena fe; de consiguiente, "no puede ser condenado a resarcir los perjuicios causados por la intempestiva e injustificada ruptura del itinerario contractual, sino (sic) se acredita que a pesar de haber obrado de buena fé ha obrado con culpa", términos éstos que no son inconciliables "porque el agente puede obrar inspirado en los nobilísimos propósitos, desprovisto de malicia, sin ánimo protervo o torticero y a pesar de

ello quedar incurso en responsabilidad por haber incurrido en ese error de conducta reprimido por la ley".

b) Los artículos 760 del Código Civil y 863 del de Comercio presumen la buena fe, debiéndose probar la culpa "salvo casos especiales en que se presume"; y como el art. 863 no califica la culpa que menciona, débese acudir al art. 63 del C. C. "para dejar sentado que se trata de culpa o descuido leve, pues cuando la ley no ha hecho ninguna calificación debe entenderse en ese grado". Sobre el particular añadió que la "digresión (sic) precedente se encamina a juzgar la conducta de la parte demandada para averiguar si su comportamiento repugna al cuidado ordinario de que habla el artículo 63 del C. C."

c) Hecho lo anterior, y a vuelta de recordar lo que sobre el punto afirma la demanda, sentó la siguiente conclusión:

"El examen de las pruebas señala que en verdad la parte demandante perseveró insistentemente en que se realizara la negociación pero la demandada no fue ajena a ese esfuerzo y respondió al interés de aquella".

Cuestión que respaldó en que "hay misivas entre las partes que evidencian como (sic) la demandada buscó alternativas de financiación para poder culminar la financiación. Para ello examinó la opción de subrogarse en el crédito ante el acreedor hipotecario y encontró, según se aprecia en el documento visible al folio 31 que dicha entidad requería múltiples documentos entre los cuales se destaca el de disponibilidad presupuestal. Queda demostrado así que la parte demandada buscó superar el estancamiento del negocio, esfuerzo que descarta la culpa en el fracaso".

Si Focine no adquirió finalmente el teatro, es un proceder que se explica por varias razones: "el costo de la adquisición, de la adecuación y las dificultades de obtener los recursos necesarios para financiar la compra". Por lo que acabó diciendo, a renglón seguido, que la "imposibilidad financiera [...] es motivo suficientemente serio para descartar la operación", y que, por lo tanto, "la cesación de las tratativas no fué producto de un proceder arbitrario y caprichoso de la parte demandada sino resultado de divergencias sobre el precio y las (sic) imposibilidad de obtener los recursos necesarios para financiar la operación". No se le podía exigir, so pena de sanción, que salvara dichos obstáculos, "pues ello es tanto como dar por cierto que la demandada estaba obligada a llegar al

contrato lo cual no es verdad pues su deber es, a la luz del artículo 863 del C. de Co. obrar libre de culpa"; el análisis a seguir tiene que "excluir el contenido eventual de las obligaciones propias del contrato para centrar en (sic) análisis en exigir al demandado un fundamento plausible para frustrar el contrato".

Pero a más de ello, calificó de plausible la actitud de la demandada, "pues mal haría en perseverar en una operación destinada al fracaso".

Y tornó a decir:

"...hasta último momento las partes compartieron el designio negocial pero se interpuso como motivo central la imposibilidad de la demandada de obtener los recurso (sic) necesarios, hecho que justifica adecuadamente que la demandada se hubiere negado a comprometerse". Así que no se le puede endilgar culpa a Focine.

d) Adicionalmente, la actora tampoco demostró el daño recibido, porque si bien alegó que el bien "quedó fuera del comercio con ocasión del fallido negocio", esto se debió a su capricho, pues si no estaba atado obligacionalmente con la demandada, bien podía "disponer del inmueble a su antojo"; si no lo hizo, porque prefirió especular y desechar otras opciones, "asumió un riesgo propio de los negocios y no lo puede intentar trasladar a la parte demandada". Amén de que no probó que esas otras opciones hubieren existido. Los demás perjuicios alegados son "eminentemente conjeturales, pues su relación con los hechos es tenue por no decir inexistente".

Como postrera conclusión dijo:

"Por lo demás no debe perderse de vista que la impulsión del negocio siempre estuvo a cargo de la parte demandante y que tal iniciativa solo sobrevivió algún un (sic) tiempo por su pertinacia y no porque la demandada hiciera entender la inminencia del negocio, pues por el contrario la falta de financiación siempre se cernía amenazadoramente contra la frustrada convención".

Y que no es verdad que la proyectada negociación hubiese forzado al desistimiento "de otras acciones en favor del demandante ni se acreditó el beneficio que ellas estaban llamadas a producir".

Así que confirmó el fallo apelado.

III. **La demanda de casación**

El único cargo formulado denuncia la violación, por inaplicación, de los artículos 2, 822 y 863 del Código de Comercio; 63, 1613, 1614 y 2341 del Código Civil; y 174, 175, 187 y 241 del Código de Procedimiento Civil, "como consecuencia de un error trascendente de hecho manifiesto", al preterirse los testimonios de Alfredo Fajardo M. y Javier Cortázar; las actas números 210 y 213 de la Junta Directiva de Focine, calendadas, en su orden, el 19 de noviembre de 1990 y 15 de febrero de 1991; la comunicación del 16 de julio de 1991 suscrita por Javier Cortázar; el acuerdo de pagos de 31 de enero de 1991 y el dictamen del perito José J. Maldonado.

Dice el censor que cuando el tribunal asevera que "las divergencias relativas al precio, al costo de restauración, pero especialmente a la imposibilidad de obtener financiación son razonable motivo que excluye la culpa indilgada", se debió a que no vio las respuestas que de los testigos premencionados se transcriben en el cargo, las que ha debido analizar entrelazadas con la prueba documental, también precitada, y así deducir que Focine, "desde antes del secuestro de la Señora Maruja Pachón, que sucedió a mediados del año 1990, había resuelto comprar el Teatro Faenza", y que hasta la carta de 16 de julio de 1992, no había dado muestras de desistir de la negociación. "Por el contrario-prosigue el recurrente-, como se desprende de las pruebas anteriores, la compra del Teatro Faenza era importante para Focine porque el Teatro se constituiría en el eje principal de un 'Circuito Alterno' del cine Nacional".

Y añadió:

"Además, era tal la voluntad y el empeño de comprar el teatro que, como se desprende del Testimonio del Dr. Fajardo, el negocio del Teatro Faenza se convirtió (sic) en la garantía exigible por Focine, del cumplimiento del Acuerdo de Pagos de Enero 31 de 1991. Seis meses después de la firma del Acuerdo de Pagos, Focine seguía considerando la compra del Teatro Faenza como su proyecto de inversión".

Quiere decir que Focine sí fue diligente en mantener su voluntad de compra, "y, si quería, en hacer exigible su garantía de cumplimiento".

Pero en "lo que no fue diligente fue en advertir que no contaba con disponibilidad presupuestal y que tenía problemas de tesorería para comprar el Teatro"; y, por supuesto, de esto nunca enteró a Circuito Presidente, "cosa que debió hacer desde que aceptó comprarlo, pues así le hubiera evitado "los riesgos que corrió al amarrar al Acuerdo de Pagos la compraventa del Teatro Faenza **a título de garantía de cumplimiento**".

No es cierto, así, que se hubieran presentado divergencias en el precio, "porque como lo indica el gerente de Focine en la sesión de la Junta Directiva, el precio del negocio se había acordado en la suma de 170.000.000.00 (Acta 213 del 15 de febrero de 1991)".

Se reprocha la no aplicación del art. 63 del código civil-aplicable al caso por lo que disponen los artículos 2 y 822 del código de comercio-, que señala que la culpa leve es aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. De haberse apreciado en conjunto aquellas pruebas, el tribunal habría concluído que "a Focine le faltó diligencia en el manejo del negocio con Circuito Presidente Ltda.", porque, con descuido, le hizo creer a ésta, durante año y medio, "que los recursos para la compra existían", cuando la realidad era diferente.

Tal creencia fue la que hizo que el teatro "permaneciera fuera del comercio"; y se pregunta el impugnador: "¿Por qué esperó que pasara tanto tiempo para decir que no contaba con recursos económicos para comprar el teatro? ¿Por qué pidió autorización para comprarlo, sino (sic) contaba con disponibilidad presupuestal? ¿Por qué no se garantizó el Acuerdo de pagos con otro tipo de garantía? o ¿Por qué no se le exigió a Circuito Presidente Ltda. el pago del impuesto al cine en lugar de decirle que compraría el Teatro Faenza?".

De allí pasó el impugnante a combatir el segundo de los dos argumentos por los que a su juicio fueron desestimadas las pretensiones, consistente, según palabras del **ad quem**, en que el "actor no cumplió con la carga de demostrar el daño recibido".

Conclusión que es el fruto de no aplicar el art.174 del C. de P. C. que ordena apreciar las pruebas regularmente aportadas, ni el 175 que menciona la pericia como medio de prueba.

En punto de responsabilidad precontractual, lo que ha de indemnizarse es el interés de confianza "que se crea por creer que el negocio se realizará", y que comprende los gastos hechos con ocasión del mismo y la ganancia dejada de percibir.

Focine quería comprar el teatro; "por eso consintió en que el negocio de Compraventa fuera la fuente de pago del impuesto al cine"; de otro modo, hubiera exigido una garantía distinta. Razón por la cual la actora "confió en que Focine cumpliría con su insistente promesa de compra. No era ya necesario acudir a otras fuentes de pago o financiación". De ahí que la demandante, respetando la oferta de venta, "registró contablemente las operaciones del negocio".

Frustrado el negocio, la demandante "no pudo hacer cosa distinta que asumir un costo financiero enorme, que obviamente no hubiera asumido de haberse efectuado el negocio. Así los beneficios del negocio se convirtieron en perjuicios".

Dicho costo financiero, "que se encuentra probado con el dictamen pericial", lo especificó el respectivo perito, quien dio cuenta de que en los libros de contabilidad aparecen registrados el acuerdo de pagos de 31 de enero de 1991, la obligación por impuesto al cine, y las operaciones con el Banco Ganadero previas al inicio de la negociación del teatro, "las cuales en total 'son cinco cartas de crédito en moneda extranjera por US\$97.977.94 que al cierre del año 1990 ascendía a \$55.722.536.00 y dos créditos en moneda nacional que a la misma fecha ascendía a \$25.000.000.00 para un total de \$80.722.536.00' (folio 330 y 331)".

También dio cuenta de que, a 30 de noviembre de 1992 y por cuantía de \$261.715.488.00, los asientos contables "contienen expectativas de carácter positivo o negativo", y que "bajo esas condiciones tales registros son apropiados".

Como señales del negocio, allí se encontraron "los plazos para el pago del Teatro Faenza", así: 80 millones de pesos, a más tardar el 1o. de junio de 1991 (suma destinada a pagar la deuda para con el Banco Ganadero); 45 millones, a más tardar el primer día hábil de septiembre de 1991; y 45 millones a más tardar el primer día hábil de diciembre de 1991, "suma esta que estaba destinada a cancelar el impuesto al cine. (folio 334 y 335)". Muestra evidente-puntualiza la censura-de que el negocio debía realizarse; al no acontecer así, dejó de recibir el dinero "como consecuencia de la negligencia de Focine".

En lo tocante con "los montos propiamente dichos, sus bases de cálculo, sus tasas de interés, y demás valores registrados como lesión se tienen: 1. Los 'intereses y diferencia en cambio sobre cartas de crédito en moneda extranjera más intereses en moneda nacional, de junio de 1991 hasta noviembre de 1992, por \$37.250.735'. Valor que según el experticio a enero de 1993 puede estar cerca a \$45.000.000.oo. 2. Los 'intereses por \$21.769.863 sobre créditos en moneda nacional calculados sobre dos préstamos que en total suman \$25.000.000'. Valor que según el experticio a enero de 1993 puede estar cerca a los \$24.000.000. 3. Los 'intereses por \$25.108.533.oo desde septiembre de 1991 hasta noviembre de 1992, sobre la primera cuota de \$45.000.000 que debería haber pagado FOCINE el 2 de septiembre de 1991. Según el experticio si se tiene en cuenta la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria, la liquidación daría un total de \$24.017.975. 4. Los 'intereses por \$24.711.856 a noviembre 30 de 1992 calculados sobre la deuda no cancelada a FOCINE en cuantía de \$50.680.591, al 48.76% anual'. 'El registro anterior requiere dos consideraciones, una, que la base de cálculo no serían \$50.680.591, sino la cantidad que ha debido pagar FOCINE, o sea, \$45.000.000, la otra, que la tasa de interés corresponde a la utilidad para fines fiscales por tratarse de una deuda proveniente de obligaciones tributarias'. La suma a considerar hasta 31 de enero de 1993 por concepto de intereses, sería \$21.942.oo'(folios 328, 337, 338 y 339)".

Subraya el cargo que es injusto que Focine "haya amarrado el Teatro como garantía de cumplimiento", y que, no obstante que rompió el trato, pretenda que la actora pague los intereses por el impuesto al cine, "más los intereses que tuvo y ha tenido que pagar al Banco Ganadero". Así que no puede considerarse que esos perjuicios sean eventuales o inciertos.

Además, el dictamen "estableció que el impacto de los gastos financieros de Circuito Presidente Ltda. había tenido en el año 1991 un cambio significativo al contabilizarse gastos adicionales al promedio de los cinco años estudiados, en una suma cercana a los \$50.000.000 (folios 341 y 342)".

Si el tribunal hubiese aplicado el art. 241 del C. de P. C., habría encontrado que el dictamen pericial tiene firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos, y que, por lo tanto, proporciona la convicción "de que el rompimiento de los tratos precontractuales por Focine fue inmensamente perjudicial para Circuito Presidente".

Finalmente apunta el censor que Focine no encuadró su conducta al precepto del artículo 863 del código de comercio, es decir, que no se comportó con buena fe exenta de culpa, principio que manda observar una conducta leal para con los demás.

Consideraciones

1.- Ciertamente que en el marco de las negociaciones no solamente se compromete la responsabilidad que deviene por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un vínculo jurídico acabado. Porque siendo verdad que a una relación de ésta índole originada en un contrato no se llega siempre de manera instantánea, no conviene mirar con dejamiento todos aquellos pasos que previamente se cumplen a menudo con el fin de lograr ese acuerdo de voluntades que lo caracteriza. Allí, en tal etapa, se realizan esfuerzos de la más variada índole, precisamente encaminados a cristalizar expectativas y planes económicos, notándose la presencia de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consulta entre las partes, todo lo cual no puede resultar frustrado inicuamente y no más que respaldados por el principio de la libertad contractual; antes bien, la conducta que deben observar quienes así se contactan en pos de un designio contractual deben ajustarla al principio de la buena fe. Traduce esto que cuando alguien abusa del derecho de no contratar, es preciso pasar de largo ante tan cimero postulado de la libertad que se tiene para contratar, y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, la que por tener su génesis en el camino cumplido para llegar a un contrato que finalmente no se produjo, ha dado en denominarse responsabilidad precontractual.

Mas, como es casi imposible establecer en abstracto en cuáles hipótesis un sujeto se ha de considerar responsable de los daños ocasionados a la contraparte en las negociaciones, el legislador ha recurrido a una cláusula general, con el fin de ofrecer al intérprete un criterio elástico de evaluación, consistente en prescribir que las partes "deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen" (artículo 863 del Código de Comercio), descargando en cada uno de los futuros contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de los varios deberes (seriedad, probidad y diligencia) que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud en el tráfico jurídico, a pesar de que todavía no estén ligados por el vínculo contractual al que a la postre quieren llegar.

Por lo mismo, se trata de una responsabilidad que impide "que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella"; de modo tal "que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (culpa in contrahendo) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose" (Casación Civil, sent. de 28 de junio de 1989).

2. Descendiendo al caso concreto en estudio, en la decisión impugnada se observa que el tribunal entró a auscultar directamente el proceder de Focine, con el fin, bien se sabe, de establecer si incurrió en la denominada responsabilidad **in contrahendo**. Esto es, siempre cabalgó sobre la idea de que el designio que directamente ataba a las partes era el de celebrar, a la postre, la compraventa del teatro Faenza; pero no solo esto: partió de que todo aconteció tal cual lo relató la actora en su demanda, como si fuera un punto pacífico entre las partes; otra cosa fue que al final no hallara responsable a Focine, cuya actitud, dijo, antes que merecer reproche, es plausible. No paró mientes en que la demandada rechazó enfáticamente tal supuesto de hecho, y defendió con tenacidad la posición de que la promesa de venta del teatro no hacía las veces de "dación en pago", sino que figuró como simple garantía de que se cumpliría con la obligación del pago de impuestos a cargo de Circuito Presidente Ltda.

Al fallar del modo como queda dicho, el tribunal pasó por alto una circunstancia que, en el orden lógico de las cosas, ameritaba ser examinada previamente, pues nada más apremiante que establecer en este caso la veracidad del marco fáctico expuesto en la demanda, por la incidencia que adelante se notará. Rememórase al respecto que el actor fincó sus pretensiones en el hecho de que, en el plan negocial, la venta del teatro era indispensable con miras a extinguir la deuda tributaria que pesaba sobre Circuito Presidente; pero recuérdase también que la demandada no aceptó que esa fuere la verdadera situación presentada entre las partes; por el contrario fue precisa en negar tal supuesto, y se defendió arguyendo que si bien esa fue la propuesta de Circuito Presidente, no menos lo es que Focine jamás la aceptó, y que la proyectada compra del teatro apenas sí se vino a pactar como simple garantía de la solución de la deuda tributaria.

Atíbase, así, que la suerte del litigio pendía de lo que sobre el particular se llegara a determinar, desde luego que de asistirle razón al demandado, demostraría de ese modo que la eventualidad del negocio atinente a la promesa no estaba fatalmente ligada al futuro pago de la obligación del actor-rompiéndose así el contexto fáctico de la demanda-, y que, por consiguiente, la celebración de la promesa de venta del teatro no pasaba de cumplir el papel de garantizar el cumplimiento de la obligación a cargo de Circuito Presidente Ltda., echando a pique entonces las pretensiones de la demanda.

La definitividad del punto hace imperioso que la Corte se ponga en camino de verificar tal cuestión, observando de entrada que el aserto de la actora no aparece acreditado, y que, por el contrario, elementos de juicio hay que más bien lo desvanecen, sobre todo cuando se está en frente del varias veces mencionado Acuerdo de Pago, el cual apoya la posición del demandado; en tal documento, es cierto, después de consignarse que Circuito Presidente Ltda. en verdad debe a Focine una suma de dinero por impuesto al cine, y de plasmarse las condiciones de solución de la deuda (plazo e intereses), convínose que el contribuyente quedaba obligado a celebrar con Focine, "**como garantía del presente ACUERDO**", un contrato de promesa de compraventa del teatro Faenza de Bogotá, para asegurar el pago total de la deuda y de las indemnizaciones a que hubiere lugar en caso de incumplimiento.

El negocio consistió entonces en que había una obligación principal, traducida en la deuda que por razón de impuestos debía Circuito

Presidente a Focine, respecto de la cual se pactó todas las condiciones como debía ser extinguida; obligación cuyo cumplimiento quiso caucionarse, y se pensó entonces en la garantía de que la deudora prometiera vender en el futuro el teatro Faenza.

Por donde se viene la conclusión de que el apoyo fundamental de la demanda, consistente, repítese, en que la unidad del negocio mostraba que la futura adquisición del teatro tenía una teleología marcada, cual era la de que con su producto pudiera la actora cancelar los impuestos, no pasó de la mera afirmación de Circuito Presidente Ltda., siendo que, como viene de verse, la obligación de cancelar los impuestos conservó en aquel acuerdo su autonomía e independencia y, por tanto, había de cumplirse con total prescindencia de la suerte de la garantía, o sea de la celebración de la promesa de venta del teatro. En una palabra, no es jurídico refundir la obligación caucionada, o en miras de ser caucionada, con aquella que pueda surgir de la cristalización de la garantía.

Cosa que, vale la pena ponerla de resalto, y contra lo que pudiera pensarse, admite el propio casacionista en varios pasajes de la acusación; así cuando dijo que Focine mantuvo su voluntad de compra "y si quería, en hacer exigible su garantía de cumplimiento", o cuando señala de injusto que Focine "haya amarrado el Teatro como garantía de cumplimiento". Y todavía más cuando trae a colación el cuestionario que se les formuló a los testimonios que estima preteridos por el sentenciador, particularmente en el de Alfredo Fajardo M., en el que se advierten varias preguntas y respuestas en torno a precisar justamente que la negociación del susodicho teatro no tuvo otro fin que el de fungir de garantía de que Circuito Presidente cumpliría con el pago de la deuda principal. Tal declarante fue interrogado, **verbi gratia**, en el sentido de que contestara si Focine hubiera podido hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento de Circuito Presidente, cuya respuesta afirmativa fue enfática.

Siendo así las cosas, no se avista que pueda caberle responsabilidad civil a Focine por el hecho de que no hiciera uso de una garantía de cumplimiento. Es claro: si la actora partió de la base de que Focine estaba imperiosamente obligada a celebrar la promesa de compraventa del teatro, y esto, según viene de verse, no está acreditado en el proceso, es palmario que la responsabilidad precontractual que en razón de ello ensayó deducirle a la demandada, queda sin piso alguno, y obviamente sin posibilidad de éxito.

3. Como es de fácil apreciación, tal objetividad del proceso y de las pruebas descarta **in limine** el éxito de la demanda, haciendo vano todo análisis sobre el comportamiento de Focine en frente de una garantía que sólo a ella incumbía.

Precisamente, es por eso que el cargo, aun cuando aventajara en mucho al tribunal en el análisis del predicho comportamiento negocial, acabaría por ofrecerse intrascendente, como que, en tanto que el juicio siga mostrando aquello, la demanda pierde el estribo con que quiso mantenerse en pie.

4. Y no es todo. Porque aunque se dejara de lado lo que viene de comentarse y el análisis se hiciera exclusivamente frente a las consideraciones tenidas en cuenta por el juzgador, el caso es que la acusación continuaría padeciendo de ineficacia.

En efecto, el hecho de que Focine finalmente no llevara a cabo la promesa del teatro, le pareció al Tribunal más que justificado, dado los tropiezos, principalmente financieros, que adujo en su momento y, sobre tal premisa, no halló que hubiere obedecido a aquella actitud arbitraria y caprichosa que reclama la responsabilidad in contrahendo.

Estima la recurrente que la razón para concluir en forma tal se debió a la pretermisión de unas pruebas. Con semejante acusación, cualquiera imaginaría que dichas pruebas ponen en evidencia que Focine sí actuó arbitrariamente y hasta con la intención de perjudicar a Circuito Presidente Ltda., manera única de poderle achacar al Tribunal que cayó en errores fácticos denunciables en casación. Mas ocurre que, inclusive a ojos de la misma impugnante, no es eso lo que a la postre resultaría inapreciado, pues que el desarrollo del cargo es diamantino en señalar que lo que se dejó de ver fue que Focine siempre estuvo interesadísima en adquirir el teatro, y que tales probanzas revelan las gestiones realizadas en pos de ese designio.

Frente a tal denuncia cabe decir dos cosas: de un lado, que el tribunal no pudo haber caído en pretermisión, si, como es cierto, jamás

desconoció que Focine tuviera interés en tal adquisición y que hubo un diligenciamiento tendiente a eso; simplemente encontró que algunos valladares sobrevinientes se lo impidieron. Y de otro lado, que en último resultado se trata de circunstancias privadas de virtualidad para derribar sin más la justificación con que calificó el tribunal el comportamiento negocial adoptado por Focine ante tales valladares. Juntando las dos cosas, lo que el tribunal concluyó es que el deseo de adquirir el teatro quedó frustrado por las dificultades que Focine manifestó a la sazón. La acusación que en dichos términos se formuló, entonces, es manifiestamente inane.

El cargo, pues, no prospera.

IV. **Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia que en este proceso dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, calendada el 1o. de marzo de 1994, materia del recurso de casación.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la impugnante.
Tásense.

Notifíquese y devuélvase tempestivamente al Tribunal de procedencia.

JORGE SANTOS BALLESTEROS

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

PEDRO LAFONT PIANETTA

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

RAFAEL ROMERO SIERRA