

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá Sala Primera Civil de Decisión

**Magistrado Sustanciador:
Marco Antonio Álvarez Gómez**

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil veinte (2020)

Ref: Proceso ordinario de Servientrega S.A. contra BBVA Colombia S.A., BAC International Bank INC., BBVA Asset Management S.A.– Sociedad Fiduciaria, BBVA Valores Colombia– BBVA Valores Comisionista de Valores y la Federación Nacional de Comerciantes – FENALCO.

Con apego al sentido del fallo que fue anunciado, se deciden los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias anticipadas de 9 de octubre de 2018, proferidas por el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Servientrega S.A. convocó a las mencionadas demandadas para que, según la reforma, se declare (a) la responsabilidad civil extracontractual del BBVA Colombia S.A. –en su condición de absorbente de CORFIGAN S.A.–, por el actuar negligente en la elaboración del “resumen ejecutivo de estudio de debida diligencia sobre el Banco Caldas S.A.” presentado a FENALCO, “que sirvió como base para fijar la estructura, los términos y condiciones” en que se efectuaría la compra de ese establecimiento por parte de FENALCO y la posterior democratización accionaria entre sus afiliados (fl. 2190, cdno. 1C); (b) la responsabilidad civil extracontractual de FENALCO por la implementación del negocio que le propusieron el Banco Ganadero



Colombia, el Banco Ganadero Panamá, CORFIGAN, CORREGAN y FIDUGAN para la compra y posterior democratización del Banco de Caldas, dado que no contó con un *due diligence* para promover la vinculación de sus afiliados a ese proyecto, que prosiguió con la vinculación de la demandante y Telegiros Ltda. (de la que es cesionaria), a pesar de las evidentes deficiencias de información del aludido resumen ejecutivo y, como consecuencia de tales pretensiones, condenar a esas dos demandadas a pagarle la suma de \$24.575'505.449,80, por concepto de daño emergente, junto con los intereses corrientes sobre los abonos efectuados por Servientrega S.A. y/o Telegiros Ltda., con la actualización respectiva.

Como primeras pretensiones subsidiarias pidió declarar que todas las sociedades demandadas abusaron del derecho durante la compra del Banco de Caldas, la implementación del proyecto de democratización del Banco Nacional del Comercio y su fusión con el BBVA Colombia S.A., por lo que debían ser condenadas a pagarle los perjuicios que sufrió, en la cuantía y réditos señalados.

A manera de segunda pretensión subsidiaria, solicitó declarar que BBVA Asset Management S.A.–Sociedad Fiduciaria (antes Fiduciaria Ganadera S.A.), incumplió las obligaciones que contrajo en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado con ella el 22 de diciembre de 1994, lo mismo que el convenido con Telegiros Ltda. en la misma fecha, del que es cesionaria y, por ende, imponerle la condena aludida.

2. Para sustentar sus pretensiones, la sociedad demandante detalló la estructura del negocio de compra y democratización del Banco de Caldas; se detuvo en el *due diligence* elaborado por CORFIGAN, en la



aprobación condicional de esa transacción por parte de la Superintendencia Bancaria y en el contrato de fiducia mercantil irrevocable que ajustaron FENALCO y FIDUGAN el 13 de septiembre de 1994; relató los pormenores del crédito otorgado por el Banco Ganadero Panamá a favor de FENALCO y el patrimonio autónomo a que dio lugar esa fiducia, por un valor de hasta US\$65'000.000, así como de la compraventa de acciones del Banco Caldas a favor de ese patrimonio, efectuado a través de CORREGAN, para luego hacer mención de la capitalización y el cambio de razón social de esa entidad, que pasó a denominarse Banco Nacional del Comercio.

A continuación se detuvo en el proceso de democratización de este último banco, resaltando el esquema que se utilizó, para luego detenerse en el contrato de fiducia mercantil FIDUGAN-Fundadores, los negocios fiduciarios ajustados entre esa fiduciaria, Servientrega S.A. y Telegiros Ltda., los créditos que se otorgaron con esa finalidad, la compra de acciones, la evolución del pago de los créditos, su refinanciación y la constitución de un gravamen hipotecario. Se ocupó también de la cesión que FENALCO le hizo a CORFIGAN de su posición contractual en el contrato de fiducia celebrado el 13 de septiembre de 1994 y en la liberación de la deuda a cargo de esa federación, tras lo cual dio su versión de los hechos vinculados al crédito que el Banco Ganadero Colombia le otorgó el 8 de septiembre de 1997, por \$17.446'718.000.00, una compra adicional de acciones, la cesión de posición contractual que le hizo Telegiros Ltda. en la fiducia mentada, así como la fusión por absorción del Banco Nacional del Comercio por el BBV Banco Ganadero S.A. y sus consecuencias.



Finalmente, señaló que FENALCO reconoció su inconformidad con las actuaciones adelantadas por las entidades financieras involucradas; se detuvo en el acuerdo de pagos que celebró con BBV Banco Ganadero; resaltó el incumplimiento por parte de FIDUGAN de los contratos de fiducia; trajo a cuento el acuerdo que celebraron FENALCO y ese establecimiento bancario, del que dijo no ser beneficiario y, por último, recordó que había promovido un proceso contra FIDUGAN, ya terminado porque este Tribunal Superior halló probada la excepción previa de transacción.

3. Tras la admisión de la demanda, según auto de 16 de agosto de 2013, y de su notificación a la parte demandada, se presentó reforma a la que se dio curso y respuesta. También se formularon excepciones previas y mixtas. Fueron estas, por parte de las instituciones financieras, la cosa juzgada, la transacción y la prescripción extintiva, mientras que FENALCO adujo las dos últimas y su falta de legitimación en la causa por pasiva.

En su oportunidad, FENALCO llamó en garantía a BBVA Colombia S.A., BBVA Panamá (hoy BAC International Bank INC.), BBVA Asset Management S.A.– Sociedad Fiduciaria, BBVA Valores Colombia– BBVA Valores Comisionista de Valores, que recibió esperada oposición, con planteamiento de excepciones de mérito.

4. De igual manera, BBVA Colombia S.A. formuló demanda de reconvencción contra Servientrega S.A., para que se la condenara a pagarle los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados por el incumplimiento del acuerdo de pago suscrito entre ellas el 9 de junio de



1999, que cuantificó en \$74.000'000.000, junto con intereses y actualización monetaria.

En lo basilar, el Banco reclamó que su reconvenida contrajo la obligación de no iniciar ninguna acción contra él ni contra las personas mencionadas en ese acuerdo, derivadas de los procesos de adquisición de acciones del Banco de Caldas (estipulación que también se encuentra en un acuerdo de 2002 al que, según el libelista, adhirió Servientrega S.A. en el año 2003), por lo que la demanda que ahora se tramita constituye una infracción de ese deber de prestación.

5. Tras notificarse del auto admisorio de 9 de noviembre de 2017, Servientrega S.A. le dio contestación y planteó, como excepción mixta, la prescripción.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Aunque se trata de un solo proceso, la juez resolvió las excepciones mixtas en dos providencias separadas de 9 de octubre de 2018.

1. En la primera declaró probada la transacción que alegó la parte demandada, así como la cosa juzgada que esgrimió BBVA Asset Management S.A., por lo que declaró terminado el proceso principal, con la consecuente condena en costas a cargo de la sociedad demandante.

Para la juez, el acuerdo de 9 de junio de 1999 es una transacción que impedía formular las pretensiones de la demanda, puesto que en ella Servientrega S.A. renunció a incoar cualquier acción judicial o



extrajudicial contra las sociedades excepcionantes, para discutir las actuaciones adelantadas a propósito de la adquisición del Banco de Caldas, la democratización del BNC y su fusión con el BBV Banco Ganadero.

Adujo que en este mismo sentido se había pronunciado el Tribunal Superior en decisión de 25 de marzo de 2010, dentro de un proceso que esa sociedad adelantó contra FIDUGAN, la cual hizo tránsito a cosa juzgada porque existe identidad de partes, objeto y causa.

Así mismo, consideró que el acuerdo comercial suscrito entre Servientrega S.A. y FENALCO, el 2 de septiembre de 2002, también era una transacción a la que se había adherido Servientrega S.A., por lo que tampoco podía continuar el proceso frente a esa federación.

2. En la segunda se abstuvo de examinar la prescripción que adujo la sociedad reconvenida, pero, de oficio, halló probada la excepción de cosa juzgada, porque si en la sentencia anticipada de esa misma fecha se había reconocido la transacción, con la consecuente imposición de costas a favor del BBVA Colombia S.A., “ello representa una condena a su actitud omisiva (de Servientrega S.A.) frente al acuerdo de pagos con efecto de transacción... lo que impide que en este mismo asunto se continúe debatiendo si hubo o no el presunto incumplimiento, pues ello (sic) se puede concluir positivamente con la lectura a la mentada providencia” (fl. 12, cdno. 5).



LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Servientrega S.A. protestó por lo decidido frente a la demanda principal. BBVA Colombia S.A. por el pronunciamiento respecto de la demanda de mutua petición, y junto con BBVA Fiduciaria y BBVA Valores por no haberse definido las excepciones de transacción y cosa juzgada que propuso para oponerse al llamamiento en garantía.

Los reparos de Servientrega S.A. se concretaron a que (a) el acuerdo de 9 de junio de 1999 no es una transacción, porque en ese momento no había litigio relacionado con las acciones de las que habría declinado, a lo que añadió que si la hubo, tan sólo concernía al pago de la obligación incorporada en el pagaré; (b) hubo abuso en la imposición de la cláusula de renuncia de acciones; (c) las normas especiales sobre transacción excluyen la estipulación a favor de terceros; (d) el acuerdo de 2 de septiembre de 2002, celebrado entre BBVA Colombia S.A. y Seriventrega S.A. no es una transacción que produzca efectos respecto de ella, y (e) el auto que profirió este Tribunal Superior el 25 de marzo de 2010 no hizo tránsito a cosa juzgada, que sólo se afirma de las sentencias ejecutoriadas.

BBVA Colombia S.A. cuestionó que se hubiese terminado la actuación a que dio lugar la demanda de reconvenición, por una cosa juzgada que no existe, dado que, de una parte, las solicitudes de ese libelo y de la demanda principal no fueron iguales, toda vez que en aquella se persigue declarar que la reconvenida incumplió las obligaciones derivadas del contrato de transacción, y de la otra, las partes no son las mismas. Destacó también que la juez no tuvo en cuenta que se trata de un fenómeno de acumulación de acciones.



BBVA Colombia, BBVA Fiduciaria y BBVA Valores reclamaron que la juez omitió pronunciarse sobre las excepciones de transacción y cosa juzgada que esgrimieron como llamados en garantía, pues si bien es cierto que éste se examina de prosperar los pedimentos formulados por el llamante, a ello no le sigue que frustradas las pretensiones de quien demandó, pueda quedar sin definición la relación sustancial a la que se refiere la convocatoria que se les hizo.

CONSIDERACIONES

A. Sobre las apelaciones relativas a la demanda principal

No se disputa que BBV Banco Ganadero S.A. (hoy BBVA Colombia S.A.) celebró los días 9 de junio de 1999 y 2 de septiembre de 2002, dos (2) 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 (inicialmente Banco de Caldas): el primero con Servientrega S.A; el segundo con la Federación Nacional de Comerciantes.

Lo que aquí se discute son su alcance como transacción y sus efectos, aunque ambos documentos, es útil reconocerlo desde ya, revelan que las partes, expresamente, quisieron plegarse a ese negocio jurídico, por lo menos respecto de lo convenido en una o varias de sus estipulaciones. Así lo advirtió el primero en su cláusula cuarta (“lo aquí expresado, para todos los efectos legales, constituye una transacción



orientada a precaver un litigio eventual entre las partes”; fl. 815, cdno. 1A), mientras que el segundo lo hizo en la quinta (“se trata de un acuerdo con efectos de transacción para las partes, para las empresas del Grupo BBVA antes mencionadas (BBVA Valores y BBVA Fiduciaria) y para los terceros que adhieran a este convenio”; fl. 835, ib.).

Ocupémonos, pues, de la incidencia que esos acuerdos tienen en este proceso:

1. El “Acuerdo de pagos” de 9 de junio de 1999

a. Naturaleza jurídica

De las varias cláusulas de ese convenio, es necesario traer a colación la cuarta de ellas, que tiene el siguiente texto:

“El deudor y todas las empresas y personas pertenecientes, propietarias, accionistas o vinculadas al grupo de 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 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 2ª 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 1ª del presente documento conforma el deudor [Servientrega] y las otras personas mencionadas; u originadas en la posterior fusión de dicho Banco con el BBV Banco Ganadero. Quienes suscriben el presente documento como deudores, como representantes



legales de las sociedades que representan, y también a título personal, renuncian a las acciones judiciales y 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” (fl. 815, cdno. 1A).

Para la Sala ese negocio jurídico sí constituye una típica transacción, toda vez que las partes precavieron un litigio eventual, que es uno de los objetos que le son propios –amén de la terminación de un litigio pendiente-, según lo establecido en el artículo 2469 del Código Civil¹, 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 en los que intervino Servientrega S.A., o en la posterior fusión de este Banco con el hoy demandado, como lo expresaron los mismos firmantes del acuerdo.

Desde luego 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 \$4.930'000.000,00 a \$3.657'000.000,00), le amplió el término para amortizar la deuda (hasta el 9 de junio de 2009), y renunció a la remuneración del capital durante

¹ Cfme: Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de junio de 2007 (exp.: 6428): “4. Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo.”



ese plazo (fls. 813 a 816, cdno. 1A), y del otro, Servientrega S.A. renunció a toda acción judicial o extrajudicial contra el 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.

Y como la transacción no requiere que las partes, previamente, hayan expresado la posibilidad de entrar en pugna –judicial o extrajudicial- por determinada cuestión, no existe modo de afirmar que una y otra sociedades debieron, así sea en forma unilateral, hacer explícita una posible contienda, y menos aún que hubieren entrado en conversaciones o pláticas sobre el punto en discordia. Para la ley es suficiente que se trate de un “litigio eventual”, es decir, según el RAE, que está “sujeto a cualquier evento o contingencia”, o lo que es igual, que no es seguro, que puede ser y no ser, pero las partes, pese a que la disputa no ha brotado, optan por ponerle fin a su molestia, cualquiera que sea su intensidad.

Pero sea lo que fuere, dos pruebas evidencian que para la época de la transacción ya había contienda: la primera, el acta de Asamblea General de Accionistas No. 066 del BNC, de 7 de octubre de 1998, a la que asistieron representantes del BBV Banco Ganadero, de la Fiduciaria Ganadera y un “vocero” de Servientrega S.A. (Carlos Alberto Valderrama), quien manifestó, entre otras cosas, que “nosotros, como medidas de protección de nuestros intereses, de nuestro patrimonio, si no hay acuerdo tendremos que iniciar las acciones legales a que haya lugar, porque no puede... volverse un antecedente negativo un proceso de democratización de acciones, pero esto se puede llamar un raponazo



a quienes de buena fe intentamos participar en esto...” (folio 263, cdno. 2), y la segunda, el acta No. 001 de la Junta Directiva de Servientrega S.A., celebrada el 25 de mayo de 1999, en la que se autorizó al gerente para renegociar con dicho banco la obligación que estaba pendiente y en mora, “por motivo de la compra de las acciones del antiguo Banco Nacional del Comercio...”, “celebrar un acuerdo transaccional con el Banco Ganadero” derivado de ese crédito y “ejecutar la transacción” (fls. 1278 y 1279, cdno. 1B); más aún, en esa reunión se discutió el texto de la referida cláusula cuarta, que incorporaba la renuncia a incoar acciones judiciales o extrajudiciales, habiendo sido “aprobada... para que cause los efectos a que haya lugar” (fl. 1279, ib.).

Por tanto, cae en el vacío todo el planteamiento relativo a los rasgos que debe reunir el litigio pendiente o eventual, por cuanto en este caso resulta incontestable que antes de suscribir el acuerdo de 9 de junio de 1999, Servientrega S.A. ya había expresado su inconformidad, molestia, enojo y enfado con el BBV Banco Ganadero y las empresas de su grupo por la manera como tuvo lugar la democratización de acciones del Banco Nacional del Comercio, al punto de advertir, en una asamblea, que contemplaba la posibilidad de iniciar “acciones legales” por esos hechos. ¿Cómo afirmar, entonces, que no había litigio? Desde luego que lo había, aunque las pruebas no den cuenta de que la hoy demandante hubiere esbozado, en concreto, algún tipo de aspiración o materializado actos extrajudiciales que revelaran una pretensión.

Por supuesto que la postura firme de una de las partes durante las conversaciones que anteceden al acuerdo no desdibujan la transacción, por manera que la circunstancia de haberse demostrado que el banco fue “perentorio en las condiciones”, sin permitir el cambio de su



propuesta (fl. 1279, cdno. 1B), es cuestión intrascendente para establecer el alcance de aquel o para restarle eficacia, menos aún si la sociedad demandante, a raíz de la reforma de la demanda, retiró la pretensión de nulidad que había esgrimido en su escrito inicial. Al fin y al cabo nadie puede, por regla, abstenerse de cumplir con las obligaciones que contrajo en virtud de un negocio jurídico, por la vía de censurarle al titular del derecho la técnica –legítima- de negociación que utilizó para obtenerlo.

Es que si la transacción tiene naturaleza preventiva, no pueden los jueces, sin poner en grave riesgo la confianza legítima que va implícita en ese 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, máxime si este es el propósito último de aquella, cuyas cláusulas, como es propio de todo negocio jurídico, se erigen en arquetípica ley para los contratantes (C.C. art. 1602).

Ahora bien, es cierto que, según el inciso 2º del artículo 2469 del Código Civil, “no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”, pero no lo es menos que esa hipótesis tiene como presupuesto que la parte reconoce que la otra es la titular del derecho real o personal; de allí que su renuncia caiga en el vacío y que, por ende, no tenga significado de transacción. Pero no fue eso lo que ocurrió en este caso, pues la circunstancia de no haberse hecho explícita –en concreto- la posible pretensión que se formularía en los estrados judiciales no traduce, en modo alguno, que Servientrega S.A. reconocía que BBV Banco Ganadero (BBVA Colombia S.A.) –y las empresas del



grupo- tenían un determinado derecho que estaba fuera de discusión. Antes bien, como se explicó, la controversia ya latía o palpitaba.

Luego transacción sí hubo. Emerge del mismo acuerdo, las partes así calificaron su convenio, e incluso este Tribunal Superior, en auto de 25 de marzo de 2010, al resolver un recurso de apelación interpuesto contra la providencia que había decidido una excepción mixta dentro de otro juicio promovido por Servientrega S.A. contra Fiduciaria BBVA, no dudó en otorgarle esa nomenclatura.

b. Efectos

No cabe duda, porque así lo precia el artículo 2483 del Código Civil, de que la transacción celebrada entre BBV Banco Ganadero S.A. y Servientrega S.A. produce efectos de cosa juzgada, por lo que este pleito entre ellos debe terminar, como lo dispuso la juzgadora. Nada de permitir nuevas discusiones sobre los asuntos transigidos, puesto que lo convenido es inmutable y definitivo.

Más la pregunta ahora es otra: ¿pueden el Banco BBVA Panamá S.A. (hoy BAC International Bank INC.), CORFIGAN S.A. (hoy BBVA Colombia S.A.), BBVA Fiduciaria S.A. (hoy BBVA Asset Management S.A.–Sociedad Fiduciaria) y BBVA Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa beneficiarse de lo que acordó BBV Banco Ganadero S.A. (hoy BBVA Colombia S.A.)?

La definición de este cuestionamiento impone recordar que, ciertamente, la transacción “no surte efectos sino entre los contratantes”,



y que “si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros”, salvo en lo tocante con los efectos de la novación cuando hay solidaridad (C.C., art. 2484), porque si uno de los deudores solidarios nova la deuda con el acreedor, necesariamente los demás deudores quedan liberados, a menos que consientan en la nueva obligación (C.C., art. 1576).

Pero que ello sea así, es decir, que sólo BBV Banco Ganadero y Servientrega S.A. sean parte en el contrato de transacción, no excluye la estipulación a favor de una tercera persona, según lo previsto en el artículo 1506 del Código Civil, la cual, precisamente por ser tercero frente a ese negocio jurídico y no haberle concedido representación suya al estipulante, no es parte en el acuerdo de arreglo pero tiene derecho, sin duda, para exigir que se cumpla lo estipulado². Expresado con otras palabras, ni las normas especiales sobre la transacción excluyen la estipulación a favor de otro, regulada en la parte general y común a todos los actos y las declaraciones de voluntad, ni la naturaleza o características de ese modo extintivo autorizan hacer tamaña excepción,

² Cfme: Corte Suprema de Justicia, sentencia de 1 de julio de 2008 (exp.: 11001-3103-033-2001-06291-0) : “Empero, en determinadas circunstancias el contrato proyecta sus efectos a terceros; tal acontece, entre otros supuestos, en la estipulación para otro, por cuya inteligencia, una de las partes (estipulante) designa y atribuye a un tercero el derecho inherente a la prestación debida por la otra (promitente), quien admite la estipulación y contrae la obligación de cumplirla a aquél, único legitimado para exigirla sin asumir prestación alguna y con cuya aceptación, aún por conducta concluyente, si el pacto es puro y simple o, siendo condicional, verificada la condición, se torna irrevocable, intangible e inmodificable (artículo 1506 Código Civil); presuponiendo, según ha advertido de vieja data la jurisprudencia, justamente por elemento estructural la presencia de un tercero, esto es, que el beneficiario de la prestación, “ni directamente ni por procuración ha intervenido en su celebración, y que en tal sentido ha sido totalmente extraña al mismo” (casación civil de 10 de marzo de 1970, CXXXIII, 121, reiterada en los fallos S-003 de 1993 y S-014 de 1997 y en idéntico sentido, cas. civ. de 23 de noviembre de 1927, XXXVI, 123; 27 de septiembre de 1939, XLVIII, 694; 29 de enero de 1943, LV, 13; 14 de noviembre de 1952, LXXIII, 678; 16 de noviembre de 1956, 53, 820”



porque si se miran bien las cosas, es absolutamente claro que esa “tercera persona” en cuyo favor se estipuló no es parte en la transacción; lo suyo es la periferia del respectivo convenio, sólo que, de aceptar expresa o tácitamente el derecho que se le otorgó, puede “demandar lo estipulado”. Y tan cierto es que no es parte, que el mismo artículo 1506, para que no quede duda, previó que mientras no medie su aceptación, “es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”. Más claro no pudo ser el legislador³.

Luego el Banco BBVA Panamá S.A. (hoy BAC International Bank INC.), CORFIGAN S.A. (hoy BBVA Colombia S.A.), BBVA Fiduciaria S.A. (hoy BBVA Asset Management S.A.–BBVA Fiduciaria) y BBVA Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa no son, en efecto, parte en la transacción que ajustaron Servientrega S.A. y BBV Banco Ganadero (BBVA Colombia S.A.), quien jamás obró en representación de aquellos. Se trata de unos típicos terceros, sólo que la hoy demandante, a cambio de las concesiones crediticias que le otorgó este último establecimiento bancario, decidió libremente renunciar a demandarlos por hechos vinculados a los procesos de adquisición de acciones del Banco Nacional del Comercio, o relacionados con la posterior fusión entre ambas instituciones financieras. En derecho, esa conducta contractual no tiene posibilidad de censura, ni la bilateralidad de la transacción pugna con la unilateralidad de la estipulación, pues simplemente los contratos se coligan.

³ Cfme.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 29 de enero de 1943, 15 de enero de 2009 (exp.: 47001-31-03-003-2001-00433-01) y 16 de febrero de 2011 (exp.: 23001-3103-003-2002-00040-01).



En este orden de ideas, las referidas sociedades demandadas tienen derecho, amparadas en esa transacción y más concretamente en la copiada estipulación a su favor, a que el proceso termine en esta fase liminar, porque, se insiste, Servientrega S.A. se comprometió a no incoar acciones judiciales vinculadas a tales operaciones.

Así las cosas, hizo bien la juez de primer grado al abrirle paso a esta excepción mixta, y no sólo frente al BBVA Colombia S.A. –que absorbió a CORFIGAN S.A.- (vinculado dicho establecimiento a las pretensiones principales y primeras subsidiarias), sino también respecto de BBVA Panamá S.A., BBVA Valores y BBVA Fiduciaria S.A. (convocadas por cuenta de las primeras y segundas pretensiones subsidiarias, según la reforma de la demanda), máxime si se considera que las súplicas de responsabilidad civil extracontractual planteadas con miramiento en los trámites de adquisición y fusión ya mencionados, se entienden inmersas dentro de las “acciones judiciales” a las que se refiere la cláusula cuarta del acuerdo examinado, puesto que las partes no introdujeron ningún tipo de distinción.

Resta decir, en este punto, que la sociedad demandante tiene razón al señalar que la juez se equivocó al declarar probada la excepción de cosa juzgada que alegó la referida Fiduciaria, en relación con las segundas pretensiones subsidiarias, so pretexto de la providencia que emitió el Tribunal Superior el 25 de marzo de 2010 en un proceso previo, por cuanto se trata de un auto del que no se puede afirmar, en el estado actual de la legislación civil, que produce tales efectos.

Sobre el particular es útil resaltar que la cosa juzgada es, por lo pronto, tatuaje propio de las sentencias ejecutoriadas emitidas en



procesos contenciosos, salvo ciertas excepciones que no vienen al caso, como lo establecía el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil y lo reiteró el 303 del General del Proceso, por lo que no hay modo de que un auto se torne inmutable y definitivo.

Pero además, definir qué providencias tienen efecto de cosa juzgada es asunto de la reserva del legislador, precisamente por las implicaciones que tiene. Bien maltrecha podría resultar la seguridad jurídica –como valor fundamental en una sociedad– si materia tan delicada, por su incidencia en la efectividad de los derechos de las personas (C. Pol., art. 2), quedara al arbitrio de los jueces. De allí que, si se miran bien las cosas, el asunto sea de orden público, como corresponde a las disposiciones de los códigos procesales que gobiernan la materia, sin que las partes o los funcionarios judiciales puedan derogarlas, modificarlas o sustituirlas (C.P.C., art. 6; C.G.P., art. 13). Por tanto, si el artículo 332 del C.P.C. no le concedió fuerza de cosa juzgada a los autos, no puede el Tribunal otorgárselo, por más que exista simetría, menos aún al amparo de los artículos 278 y 303 del C.G.P. –vigentes desde el primero de enero 2016–, porque no tienen efecto retroactivo.

Por eso el Tribunal revocará el numeral 2º de la sentencia anticipada, en cuanto declaró probada esa excepción, lo que no significa que la Fiduciaria siga vinculada al proceso, en la medida en que también alegó los beneficios de la estipulación a favor de ella contenida en la transacción que se abrió paso. Simplemente se impone modificar el numeral 1º del fallo impugnado, para hacerlo extensivo a las segundas pretensiones subsidiarias.



El proceso, pues, termina en relación con las referidas instituciones financieras.

2. El “Acuerdo comercial” de 6 de septiembre de 2002

a. Naturaleza jurídica y efectos

Como ya en el numeral anterior se hicieron algunas reflexiones jurídicas sobre la transacción, la estipulación a favor de terceros y la cosa juzgada que nutren las consideraciones especiales que merece este otro acuerdo, se conjuntan esas dos materias en un solo literal, para no incurrir en repetición.

El convenio en cuestión tuvo como únicas partes a la Federación Nacional de Comerciantes y al BBVA Banco Ganadero, hoy BBVA Colombia S.A., quienes unieron “sinergias... con el fin de ofrecer a los afiliados a FENALCO soluciones de negocios diseñadas para las necesidades particulares del sector de los comerciantes y diferentes servicios que ayuden a fortalecer sus negocios y productos” (fl. 828, cdno. 1A).

Con ese propósito, el Banco le ofreció a los comerciantes agremiados a esa federación un “portafolio especial de productos y servicios”, entre los cuales se incluyó una línea de crédito a la que podrían acceder determinados comerciantes (referidos en un anexo No. 3) –si radicaban su solicitud, por tarde, el 15 de septiembre de 2003-, o a los comerciantes y personas que indicara FENALCO, “para estudio por parte del Banco”, desde el día 16 siguiente y hasta el 30 de junio de 2004, fecha en que se extinguiría integralmente esa línea de crédito



(parágrafo cláusula 2.1; fl. 830, cdno. 1A), habiéndose puntualizado que “FENALCO no está autorizada, ni tiene atribuciones para tramitar, gestionar, aprobar o garantizar la aprobación de ningún producto o servicio del BANCO, los cuales deberán ser gestionados personalmente por los interesados ante EL BANCO y evaluados directamente por el BANCO”, por lo que “los servicios mencionados son de atribución y responsabilidad exclusiva del BANCO” (parágrafo cláusula 4ª; fl. 835, ib.). Más aún, ello es medular, en la cláusula quinta se previó que “los créditos, operaciones y servicios que se concedan en desarrollo de este acuerdo se consideraran, para todos los efectos legales, como créditos, operaciones y servicios nuevos, independientes de la alianza estratégica, diferentes e (sic) autónomos a negociaciones, contratos o convenciones, procesos, operaciones o litigios anteriores entre las mismas partes” (fl. 835, ib.).

¿Y por qué se hizo esta acotación? Lo precisó la misma cláusula quinta al señalar lo siguiente:

“Efectos de esta alianza: ésta alianza no implica el reconocimiento de responsabilidad civil, ni tiene naturaleza indemnizatoria o de pago respecto de las reclamaciones, pretensiones o excepciones sobre el proceso de análisis, estudios, promoción, adquisición, democratización accionaria, administración y fusión del Banco Nacional del Comercio, respecto de las actuaciones realizadas por FENALCO, BBVA Fiduciaria (antes Fidugan), BBVA Valores (antes Corregan), BBVA Banco Ganadero, Corfigan (hoy BBVA Banco Ganadero) y o sus funcionarios, en relación con los hechos mencionados. Se trata de un acuerdo con efectos de transacción para las partes, para las empresas del grupo BBVA antes mencionadas (BBVA Valores y BBVA Fiduciaria) y para los terceros que adhieran a este convenio” (fl. 835, cdno. 1A).

Luego el acuerdo comercial constituye, en lo basilar, una promesa de operaciones activas de crédito cuyos destinatarios eran los



comerciantes afiliados a FENALCO, sólo que, en relación con algunos de ellos –como se verá más adelante–, también tuvo efectos de transacción. Por eso lo previsto en la cláusula quinta, recién transcrita, y por eso los parágrafos 1º, 2º y 3º de la cláusula séptima establecieron que (a) los comerciantes que “aparecen en el anexo tres, al momento de presentar la solicitud dentro de la línea especial de crédito del numeral 2.1 de la cláusula 2ª...”, reconocen que no se incurrió por parte de FENALCO, BBVA Fiduciaria (antes Fidugan), BBVA Valores (antes Corregan), BBVA Banco Ganadero, Corfigan (hoy BBVA Banco Ganadero) y o sus funcionarios, en responsabilidad civil contractual o extracontractual en el proceso de análisis, estudios, promoción, adquisición, democratización accionaria, administración y fusión del Banco Nacional del Comercio”; (b) quienes hubieren iniciado proceso contra alguna de esas sociedades o sus funcionarios por tales hechos, además de hacer esa confesión, debían “previamente terminar por desistimiento incondicional cualquier proceso judicial o arbitral iniciado”; y (c) “Al cumplirse las condiciones de los dos parágrafos anteriores respecto de cada una de las personas mencionadas en el anexo número 3, se entenderá que el Banco condona los saldos insolutos de los créditos otorgados para la adquisición de acciones del BNC” (se subraya; fl. 837, cdno. 1A).

De lo expuesto se puede colegir que sólo FENALCO y BBVA Colombia S.A. fueron parte en ese acuerdo, como se anticipó, con efectos de transacción, según los artículos 2469, 2483 y 2484 del Código Civil, aunque en él también se hicieron estipulaciones en favor de terceros, con sujeción al artículo 1506 de esa codificación, así:



(a) De los comerciantes enlistados en el anexo tres (3), quienes, si lo querían, debían exonerar a las empresas del Grupo BBVA de cierta responsabilidad y desistir de los procesos que adelantaran contra ellas o sus funcionarios, a cambio de lo cual recibirían unos beneficios crediticios –si radicaban sus peticiones hasta el 15 de septiembre de 2003-, y se les condonarían los saldos de las deudas que contrajeron para la adquisición de acciones del BNC. Respecto de esos mercaderes, igualmente, se configuró la transacción.

(b) De los comerciantes afiliados a FENALCO, distintos de los incluidos en ese anexo, que podían beneficiarse del portafolio especial de productos y servicios si radicaban sus peticiones entre el 16 de septiembre de 2003 y el 30 de junio de 2004, siendo claro que la solicitud de crédito quedaba sometida al “estudio por parte del Banco” y sujeta al cupo global respecto del cual no se hubieren recibido postulaciones.

Se destaca que respecto de estos comerciantes no fue prevista la condonación de saldos pendientes de pago relacionados con contratos de mutuo para la adquisición de acciones del BNC, puesto que los parágrafos 1º y 3º de la cláusula séptima del “Acuerdo comercial”, ello es medular, únicamente se refieren a las personas mencionadas en el anexo No. 3.

(c) De las empresas del Grupo BBVA, específicamente BBVA Fiduciaria y BBVA Valores, toda vez que respecto de ellas los comerciantes enlistados en el anexo tres (3) debían exonerarlas de responsabilidad por las actuaciones aludidas y desistir de los procesos que les hubieren iniciado.



Con este panorama, bien pronto se advierte que Servientrega S.A. no fue parte en ese acuerdo, que tampoco produce efectos de transacción respecto de ella, por lo que FENALCO no puede prevalerse de él –o de la cosa juzgada- para impedir que se tramite este proceso.

En este sentido se destaca que, según las pruebas aportadas, dicha sociedad no fue incluida en el pluricitado anexo No. 3 (fls. 842 y ss) –lo que, además, es un hecho admitido por las partes-, razón por la cual no se puede afirmar que hubo estipulación en favor de ella para los efectos establecidos en las cláusulas quinta y séptima del acuerdo en cuestión, menos aún en orden a sostener que a Servientrega S.A. se le irradian tales consecuencias.

Que ello es así lo confirman (a) el acuerdo de 21 de mayo de 2003, suscrito entre Servientrega S.A., Telegiros y FENALCO, en virtud del cual se acordó que ésta última entidad “brindará su concurso para que, en la línea especial de crédito otorgada en virtud del Acuerdo Comercial suscrito con el BBV Banco Ganadero S.A. el 2 de septiembre/2002, las empresas mencionadas puedan acceder a créditos blandos de acuerdo con las compras de acciones que en su oportunidad realizaron directamente al BNC” (fl. 288, cdno. 2), y (b) las comunicaciones de 9 de diciembre de 2005 y 27 de junio de 2006, dirigidas por el Banco a Servientrega S.A., en la primera de las cuales, tras señalar que el acuerdo de 9 de junio de 1999 es una transacción que hizo tránsito a cosa juzgada, se puntualizó que, “precisamente por lo anterior, la sociedad Servientrega no está incluida en el anexo No. 3 del acuerdo celebrado con FENALCO en septiembre de 2002 y, por lo tanto, los efectos del acuerdo, específicamente en lo que a la condonación se



refiere, no son los que menciona su comunicación” (se subraya; fl. 190, cdno. 2), mientras que en la segunda se acotó que “la celebración de esta transacción [de 9 de junio de 1999] explica la no inclusión de Servientrega en el anexo No. 3 del acuerdo con FENALCO de septiembre de 2002...”, situación que, “además de irrefragante, es inmodificable sin el expreso consentimiento de BBVA Colombia y hace que los efectos del acuerdo, específicamente en lo que a la condonación se refiere, no sean los que sugieren sus cartas” (se subraya; fl. 32, cdno. 6).

La circunstancia de haberse radicado una solicitud de crédito el 15 de septiembre de 2003 por parte de Servientrega S.A., en la que, como nota especial al acuerdo comercial que suscribieron FENALCO y BBVA Colombia S.A., reconoció que ni esa Federación ni las empresas de ese Grupo financiero incurrieron en responsabilidad en el proceso de análisis, estudios, promoción, adquisición, democratización accionaria, administración y fusión del BNC (fls. 214 a 216, cdno. 2), no traduce, en modo alguno, que la demandante se hizo parte –por ese sólo hecho- del “Acuerdo Comercial” o tercero integrante del anexo No. 3, menos aún si se considera, ello es medular, que uno de los suscriptores de ese acuerdo, el Banco, en forma expresa y repetida señaló que no aceptaba su inclusión, y que el acuerdo mismo puntualizó, en la cláusula novena, que “ésta alianza sólo podrá entenderse modificada cuando exista un escrito firmado por las partes” (fl. 837, cdno. 1A), solemnidad de origen convencional que no fue demostrada, con todo lo que ello implica, según el artículo 824 del Código de Comercio.

Y como la sola voluntad de FENALCO y de Servientrega S.A. es insuficiente para cambiar ese acuerdo, su alcance y sus efectos, no



podía la juez de primer grado abrirle paso a la transacción planteada como excepción mixta. Otras, eventualmente, serían las consecuencias de las manifestaciones que hizo la segunda de dichas sociedades en la solicitud de crédito y el convenio de 11 de mayo de 2003.

Por tanto, se revocará la sentencia apelada, en este específico pronunciamiento.

b. Sobre otras excepciones mixtas propuestas por FENALCO

Descartada la transacción, el Tribunal debe ocuparse de las otras excepciones mixtas planteadas por FENALCO (prescripción extintiva del derecho de acción y falta de legitimación en la causa por pasiva), en razón a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 282 del CGP, que en el punto es igual al inciso 2º del artículo 306 del CPC.

(1) La prescripción extintiva.

Aunque FENALCO se acogió al término decenal previsto en la Ley 791 de 2002, vigente desde el 27 de diciembre de ese año, su defensa no se abre paso porque la demanda sí fue tempestiva y, además, tuvo la virtualidad de truncar civilmente el plazo prescriptivo.

En efecto, sin discutir que los diez (10) años en cuestión vencían –en principio- el 27 de diciembre de 2012 –por aquello de la regla trazada en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887-, no lo es menos que, según el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, la solicitud de conciliación radicada el día 20 de ese mes y año suspendió el término hasta el 13 de marzo de



2013 (fls. 886 a 893, cdno. 1A), fecha en que se expidió la constancia respectiva, por lo que a partir del día siguiente se reanudó el cómputo de aquel, al que le faltaban ocho (8) días que fenecían el 21 de marzo de esa anualidad, de donde se colige que la demanda radicada el día 19 anterior fue oportuna (fl. 984, ib.).

Y como FENALCO se notificó del auto admisorio proferido el 16 de agosto de 2013 (fl. 1017, cdno. 1A), el 30 de septiembre siguiente (fl. 1066, ib.), es decir, dentro del año al que se refiere el artículo 94 del CGP –vigente desde el 1º de octubre de 2012–, se impone concluir que la acción planteada por Servientrega S.A. no está prescrita, puesto que medió interrupción civil (C.C., arts. 2535 y 2539).

Luego ésta excepción será desestimada.

(2) La falta de legitimación en la causa por pasiva.

Es cierto que el 10 de julio de 1997, FENALCO cedió su calidad de fideicomitente a la Corporación Financiera Ganadera S.A., en el contrato de fiducia mercantil que había celebrado con FIDUGAN S.A. el 13 de septiembre de 1994, y que, además, en virtud de ese acuerdo se liberó a la Federación “de todas las obligaciones y responsabilidades adquiridas” por ella o sus representantes por causa, con ocasión o en desarrollo del negocio fiduciario (fls. 290 y 291, cdno. 2). Pero no lo es menos que esa cesión de posición contractual sólo produce efectos entre las partes que intervinieron en él, conforme al principio de relatividad de los contratos, por lo que, en principio, no podría afectarse la legitimación de FENALCO para soportar las pretensiones que le formuló Servientrega S.A.



Pero al margen de ésta reflexión, el Tribunal no puede pasar por alto que, según la reforma que se hizo a la demanda, Servientrega S.A. pretende, (a) en forma principal, una declaración de responsabilidad civil extracontractual de FENALCO por actuaciones vinculadas a la adquisición y posterior democratización del Banco de Caldas S.A., por no contar “con un *due diligence*” para promover la vinculación de sus afiliados al proyecto de democratización accionaria, amén de que, pese a las deficiencias de información del “resumen ejecutivo” entregado por CORFIGAN, continuó implementando ese proyecto y la vinculación de Servientrega S.A., y (b) en forma subsidiaria, el reconocimiento de haberse incurrido por ella en abuso del derecho durante la compra de ese Banco, su democratización y su fusión con el BBVA Colombia S.A., razón por la cual no se ve claro de qué manera la referida cesión de la calidad de fideicomitente puede incidir en el llamado a responder por las supuestas actuaciones censuradas que también abarcan otras operaciones.

Por consiguiente, esta excepción tampoco prospera.

B. Sobre la apelación interpuesta por BBVA Colombia S.A., BBVA Asset Management S.A. Sociedad Fiduciaria y BBVA Valores Colombia-BBVA Valores Comisionista de Valores.

Este recurso, apoyado por el BBVA Panamá, persigue un pronunciamiento favorable sobre las excepciones de transacción y cosa juzgada que plantearon esas sociedades, como llamadas en garantía.



Sobre el particular es útil resaltar que el argumento de la juzgadora perdió vigencia puesto que, como consecuencia de esta decisión, FENALCO –quien es el llamante- sigue vinculado al proceso, razón por la cual la convocatoria que se hizo a tales entidades, conserva eficacia procesal.

Ahora bien, es cierto que los jueces deben resolver sobre la relación sustancial que exista entre llamante y llamados, “cuando fuere pertinente” (C.P.C., art. 56, inc. 4; C.G.P., art. 66, inc. 3), y que el juez sólo puede imponerles condena si el primero la soportó en la sentencia (C.P.C., art. 57; C.G.P. art. 64). Pero que ello sea así no significa, en el estado actual de la legislación, que el juez no tenga el deber de emitir sentencia anticipada cuando se encuentre probada la transacción, la caducidad, la cosa juzgada, la prescripción extintiva o la carencia de legitimación en la causa, o si las partes de común acuerdo lo solicitan, o no existan pruebas por practicar.

Con otras palabras, si una persona es convocada al proceso como parte, en virtud de un llamamiento en garantía, suyo es el derecho a que se defina tempestivamente la relación sustancial que la vincula con el convocante, incluso a través de un fallo anticipado, total o parcial, emitido en cualquier estado del proceso, como lo autoriza el artículo 278 del C.G.P. Al fin y al cabo, en su condición de parte tiene plenos derechos y garantías procesales, que no pueden limitársele so pretexto de sostener que un pronunciamiento condenatorio contra él está supeditado a que el llamante resulte perdedor. Precisamente ésta es la única restricción: que no se le condene si quien lo citó no es condenado, pero nada más, siendo claro que en derecho las excepciones –y esta lo es- deben interpretarse en forma restrictiva, por lo que no caben aquí



posturas que ensanchen lo que es una veda rectamente perfilada por el legislador, en la medida en que se trata –aquí- de una acción revérsica. Así, por lo demás, lo imponen los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, a la par con el artículo 11 del Código General del Proceso, puesto que también el llamado en garantía tiene derecho a que su acceso a la justicia sea efectivo para materializar el derecho sustancial en controversia.

Ni más faltaba que las personas forzadas a comparecer a un proceso en virtud de un llamamiento, deban permanecer en él hasta la sentencia final, aunque existan razones de derecho material que habilitarían su exclusión del proceso, por cuenta de una aplicación rígida, exegética y aislada del artículo 61 del C.G.P., por lo demás contraria al principio de economía procesal (C.G.P., art. 11). Así como el demandante y el demandado pueden reclamar una sentencia anticipada y el juez tiene el deber de proferirla, si se configura alguno de los presupuestos establecidos el inciso 3° del artículo 278 de esa codificación, así también las personas llamadas en garantía, que también son parte, pueden exigirla porque sus derechos sustanciales y procesales no son menos que los de aquellas. Y esa estirpe de decisión puede tener lugar no sólo en relación con el pleito relatado en la demanda inicial, sino también con el singular litigio que provocó su convocatoria.

Con todo, como este proceso aún se rige por el Código de Procedimiento Civil, según mandato del artículo 625, numeral 1° -literal a)-, del C.G.P., y las excepciones de transacción, cosa juzgada y prescripción no fueron –también- planteadas como mixtas (fls. 36 a 50, cdno. 4), no puede el Tribunal ocuparse de ellas porque su competencia está restringida a definir estas últimas, en el marco, se insiste, de la legislación anterior, la



cual, como se sabe, únicamente autorizaba el fallo anticipado cuando se hallaba probada alguna de las defensas a las que se refería el inciso final del artículo 97 del C.P.C., subrogado por el artículo 6° de la ley 1395 de 2010.

No prospera, pues, la apelación de las referidas demandadas.

C. Sobre el recurso relativo a la decisión adoptada frente a la demanda de reconvenición

En una sentencia separada, también de 9 de octubre de 2018, la juez, de oficio, declaró probada la excepción de cosa juzgada porque, según ella, habiéndose reconocido la transacción frente a las pretensiones de la demanda principal, con la consecuente condena en costas, “ello representa una condena a su actitud omisiva (de Servientrega S.A.) frente al acuerdo de pagos con efectos de transacción”, circunstancia que impedía seguir debatiendo, en contrademanda, alrededor de la infracción (fl. 12, cdno. 5).

Es innegable que la juez anduvo errada en su juicio, pues una cosa es que Servientrega S.A. –por efectos de la transacción- no pueda litigar contra el Banco para que se definan las pretensiones de su demanda, vinculadas a la adquisición del Banco de Caldas (BNC), su democratización accionaria y la fusión con el BBVA Colombia S.A., y otra muy distinta el reclamo que hace la institución financiera porque, según ella, Servientrega S.A. incumplió las obligaciones que contrajo en virtud del “acuerdo de pagos”. Más aún, allá, en la primera demanda, se esgrimió una responsabilidad civil extracontractual, mientras que aquí, en la segunda –de mutua petición-, una de orden contractual.



Por consiguiente, no existía manera de reconocer una cosa juzgada, en los términos previstos en el artículo 332 del C.P.C. (igual al 303 del C.G.P.). Lo debido era examinar la prescripción extintiva que alegó la sociedad reconvenida, quien adujo que transcurrió el plazo de diez (10) años previsto en el artículo 8º de la Ley 791 de 2002, contados desde el 15 de septiembre de 2003, fecha en la cual el Banco afirmó que Servientrega S.A. se había adherido, supuestamente, al acuerdo que firmó con FENALCO.

Puesto, entonces, el Tribunal en esta tarea, debe señalar que no se configura ese modo extintivo, porque si en el acuerdo de 9 de junio de 1999 se estipuló que Servientrega S.A. renunciaba a incoar cualquier acción judicial o extrajudicial en contra del Banco y de las empresas del grupo financiero, es claro que aquella, en últimas, contrajo una obligación de no hacer que, según la sociedad reconviniente, habría sido incumplida por haberse formulado la demanda principal, lo que le habría generado unos perjuicios cuyo pago reclama (hecho 13; fl. 9, cdno. 6).

Por consiguiente, si “toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho” (C.C., art. 1612); si la tal indemnización se adeuda, en el caso de las obligaciones de no hacer, “desde el momento de la contravención” (art. 1615, ib.), y si el plazo prescriptivo “se cuenta... desde que la obligación se ha hecho exigible” (art. 2535, inc. 2, ib.), resulta incontestable que por haberse afirmado en la demanda de riposta, que el desacato del aludido deber de prestación tuvo lugar el día en que Servientrega S.A. radicó la demanda de responsabilidad civil extracontractual en su contra, específicamente el 19 de marzo de 2013



(fl. 984, cdno. 1A), es claro que el plazo decenal previsto en el artículo 2532 del Código Civil, reformado por el artículo 6º de la Ley 791 de 2002, sólo vencería el mismo día y mes del año 2023, circunstancia que descarta la prescripción alegada, en la medida en que el Banco demandó el 14 de abril de 2016, y notificó del auto admisorio a su demandado el 10 de noviembre de 2017 (fl. 18, cdno. 6).

Recapitulación:

En síntesis: el proceso termina frente a BBVA Colombia S.A. –quien absorbió a CORFIGAN S.A.-, BAC International Bank INC., BBVA Asset Management S.A. – BBVA Fiduciaria y BBVA Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, como consecuencia de la transacción; por eso se confirmará el numeral primero de la sentencia apelada, que sólo será modificado para hacerlo extensivo a las segundas pretensiones subsidiarias. El numeral segundo se revocará, porque no hay cosa juzgada, mientras que el cuarto será confirmado, sin perjuicio de la discusión que pueda darse sobre las agencias en derecho.

Las tres excepciones mixtas propuestas por FENALCO serán negadas y, por ende, deberá pagarle a Servientrega S.A. las costas de primera instancia. Por tanto, como el proceso continuará respecto de esa Federación, se excluirá del numeral 3º de la sentencia que, en relación con las demás partes, será confirmada.

En cuanto a la sentencia de la misma fecha que se ocupó de la excepción mixta planteada en la demanda de reconvención, será revocada íntegramente para desestimar la prescripción propuesta y condenar en costas de primera instancia a Servientrega S.A.



La apelación planteada por BBVA Colombia, BBVA Fiduciaria y BBVA Valores, vinculada al llamamiento en garantía, no prospera. Como la juez no hizo pronunciamiento sobre las excepciones, es innecesario hacerlo en la parte resolutive de este fallo.

En lo que atañe a las costas de segunda instancia, se aplicará el numeral 1º del artículo 365 del CGP, en beneficio de las instituciones financieras respecto de las cuales termina el proceso. En los demás casos, no habrá condena en costas por la actuación de segundo grado, habida cuenta que el proceso continúa para decidir las pretensiones formuladas por Servientrega S.A. frente a FENALCO (incluido el llamamiento en garantía), así como por el Banco contra aquella sociedad.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. En relación con la sentencia de 9 de octubre de 2018, que resolvió las excepciones mixtas planteadas frente a la demanda principal:

a. Confirmar el numeral primero, que sólo se modifica para adicionar que la transacción alegada también se extiende a las segundas pretensiones subsidiarias.



- b. Revocar el numeral segundo.
 - c. Confirmar el numeral tercero, que sólo se modifica para excluir a FENALCO de la decisión de terminar el proceso principal iniciado por Servientrega S.A., que continuará frente a esa Federación.
 - d. Confirmar el numeral cuarto, precisando que la condena en costas sólo beneficia a las sociedades BBVA Colombia S.A. –quien absorbió a CORFIGAN S.A.-, BAC International Bank INC., BBVA Asset Management S.A. – BBVA Fiduciaria y BBVA Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, en la medida en que sólo respecto de ellas terminó el proceso.
 - e. Declarar no probadas las excepciones de transacción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas como mixtas por FENALCO frente a la demanda principal.
 - f. Condenar a FENALCO a pagar a Servientrega S.A. las costas de primera instancia causadas con ocasión del trámite de las excepciones mixtas.
2. Respecto de la sentencia de 9 de octubre de 2018, que se ocupó de la excepción mixta planteada frente a la demanda de reconvenición:
- a. Revocar los numerales primero, segundo y tercero.
 - b. Desestimar la excepción de prescripción que alegó Servientrega S.A.



c. Condenar en costas de primera instancia, por ese específico trámite, a Servientrega S.A. La juez de primer grado fijará el monto de las agencias en derecho.

3. Condenar en costas de segunda instancia a Servientrega S.A., a favor de las sociedades BBVA Colombia S.A., quien absorbió a CORFIGAN S.A., BAC International Bank INC., BBVA Asset Management S.A. – BBVA Fiduciaria y BBVA Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa.

NOTIFIQUESE,



MARGO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ

Magistrado

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES

Magistrado



RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Magistrado