



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada Ponente

SC-3978-2022

Radicación n.º 05001-31-03-017-2012-00104-01

(Aprobada en sesión de veintitrés de noviembre de dos mil veintidós)

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de casación formulado por la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en posición propia contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, de 11 de septiembre de 2019, en el proceso que promovió Inversiones Cascabeles S.A.S., Polar S.A.S. y De Raíz S.A.S. contra la recurrente, Andres Fajardo Valderrama, Fajardo Williamson S.A., Promotora Soler Gardens S.A. y el Patrimonio Autónomo denominado Sociedad Fideicomiso Soler Gardens.

ANTECEDENTES

1.- De manera principal solicitaron los actores (fls. 268 a 272 C.1) declarar que los demandados: **(i)** Andres Fajardo Valderrama «*en su calidad de FIDEICOMITENTE INICIAL y actual GERENTE del proyecto*»; **(ii)** Fajardo Williamson S.A. en

su condición de «*FIDEICOMITENTE INICIAL y actual CONSTRUCTOR del proyecto*»; **iii**) Promotora Soler Gardens S.A. en su calidad de «*FIDEICOMITENTE CESIONARIA y PROMOTORA del proyecto*» y **iv**) la Fiduciaria Corficolombiana S.A. «*como entidad FIDUCIARIA del proyecto y VOCERA del Patrimonio Autónomo 'FIDEICOMISO SOLER GARDENS'*» incumplieron de forma grave y determinante, entre otras, las obligaciones principales de traditar o transferir el dominio de los inmuebles comerciales ofrecidos a los demandantes que correspondían a los números 107, 105 y 236, así como realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución del objeto fiduciario, pactados en los contratos denominados «*ENCARGO FIDUCIARIO DE VINCULACIÓN AL FIDEICOMISO SOLER GARDENS, PROMESA DE TRANSFERENCIA DEL DOMINIO A TÍTULO DE RESTITUCIÓN DE BENEFICIO*» y, por ende, son solidariamente responsables.

1.1. Que en consecuencia se declare la resolución de los encargos fiduciarios, las promesas de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio celebrados con Inversiones Cascabeles S.A.S. y Polar S.A.S. respectivamente y el Acuerdo Precontractual celebrado entre la Promotora Soler Gardens S.A. y De Raíz S.A.S.

1.2. Que se condene solidariamente a los demandados a pagar la indemnización total e integral de todos los perjuicios a que haya lugar, que se tasan de la siguiente manera, a favor de Inversiones Cascabeles S.A.S. \$782.955.591 por el local comercial 107; para De Raíz S.A.S.,

\$750.000.000 por concepto del local comercial 105 y para Polar S.A.S. \$188.323.096, \$110.916.871 y \$77.406.225 por el local 236.

1.2.1. Disponer el pago de los intereses de mora a la tasa comercial máxima legal vigente sobre cada uno de los valores pagados por los actores desde la fecha que fueron certificados por la Promotora Soler Gardens S.A. y/o la Fiduciaria Corficolombiana S.A. y hasta que se produzca la restitución de tales montos, subsidiariamente la actualización del capital cancelado desde la presentación de la demanda y hasta que se profiera el fallo, y desde ahí los respectivos intereses de mora.

1.2.2. Los deudores deberán pagar la cláusula penal contemplada en el contrato de encargo fiduciario de vinculación al Fideicomiso Soler Gardens, que según su cláusula decimoquinta equivaldrá al 15% del negocio inmobiliario, de la siguiente forma: \$83.016.882 para Inversiones Cascabeles S.A.S; \$67.500.000 para De Raíz S.A.S. y \$28.896.980 para Polar S.A.S.

Los deudores solidarios pagarán el valor de la cláusula penal contemplada en el contrato de promesa de transferencia del dominio a título de restitución de beneficio, calculada conforme la estipulación décima primera, que será del 15% del negocio inmobiliario: para Inversiones Cascabeles S.A.S. \$138.361.470 y para Polar S.A.S. \$48.161.634, así como los demás perjuicios que se encuentren probados durante el proceso.

1.3. Igualmente solicitaron se declare que la Promotora Soler Gardens S.A. incurrió en abuso del derecho, al excluir de la cláusula penal redactada en el convenio por obligaciones de hacer y de dar el denominado «Acuerdo Precontractual» y que está obligado a asumir las consecuencias legales de dicho abuso.

1.4. Que se restablezca el equilibrio contractual disponiendo que la cláusula penal aplica para ambas partes, por ende, la sanción equivalente al 10% del total del convenio corresponde a la Promotora Soler Gardens S.A.

1.5. Que se condene a la Promotora Soler Gardens S.A. a pagar a favor De Raíz S.A.S. \$75.000.000 a título de cláusula penal por incumplimiento del contrato denominado «Acuerdo Precontractual».

1.6. Finalmente solicitó disponer que los valores que sean reconocidos a los actores a *«título de cláusula penal, multas y sanciones, deberán ser actualizadas a la fecha del fallo, y devengarán intereses moratorios a la tasa comercial máxima legal vigente desde la fecha de aquel hasta el momento del pago»*.

1.7. De manera subsidiaria pidió que, en caso de no proceder la resolución del contrato y los pagos solicitados, se ordene solidariamente el cumplimiento forzado de las obligaciones principales y el pago de los intereses de mora desde la fecha en que fueron certificados los pagos y hasta

que se produzca el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales.

2. Como fundamentos fácticos la parte actora relató que Andrés Fajardo Valderrama, quien obró en nombre propio, y el señor Jesús Hernán Correa Gómez en representación de Fajardo Williamson S.A. en su calidad de fideicomitentes, celebraron mediante documento privado el 1º de septiembre de 2007, con la Fiduciaria Corficolombiana S.A., actuando ésta como fiduciaria, un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, en virtud del cual se constituyó el patrimonio autónomo Fideicomiso Soler Gardens.

2.1. En desarrollo del objeto del fideicomiso y según el contrato de fiducia mercantil, las demandantes Inversiones Cascabeles S.A.S., Polar S.A.S. y De Raíz S.A.S. se vincularon al Fideicomiso Soler Gardens por medio de la suscripción de un encargo fiduciario, de forma directa, por las dos primeras el 6 de noviembre de 2007 y la tercera en virtud de la cesión de posición contractual realizada el 5 de noviembre de 2008 por Altabienes Promotora de Bienes 21 S.A. quien fue la firmante de dicho encargo fiduciario fechado el 14 de abril de 2008, cesión que fue notificada y debidamente aceptada por la Fiduciaria Corficolombiana S.A.

2.2. En desarrollo del contrato la Fiduciaria ha seguido con sus funciones en el proyecto, y estimó satisfechos los requisitos, sin estarlo, para la transferencia al patrimonio

autónomo del derecho de dominio de los bienes inmuebles sobre los cuales se construiría el proyecto.

2.2.1. Permitió que los beneficiarios de área o Inversionistas pagaran el precio prometido sobre los derechos fiduciarios que recaerían sobre los bienes inmuebles adquiridos por éstos, sin advertirles, sobre el riesgo de no estar completa la titularidad de los lotes de terreno a nombre del patrimonio autónomo «*Fideicomiso Soler Gardens*» y, por tanto, no poder constituir la copropiedad ni adquirir el dominio de la unidad inmobiliaria prometida a éstos como proyecto, en la forma ofrecida.

2.2.2. La Fiduciaria dio por verificado el punto de equilibrio para la primera y segunda etapa del proyecto reportado por los Fideicomitentes, pues dio como cumplido para el mes de mayo del año 2008 un porcentaje del 63.84% de área vendida, punto que a todas luces resulta ficticio y prefabricado por los fideicomitentes, porque si ese dato se contrasta con la realidad del proyecto éste no tendría el grave déficit en ventas que hoy tiene. La Fiduciaria dio por culminada la etapa preoperativa de manera descuidada y poniendo en grave riesgo los intereses de los beneficiarios de área.

2.2.3. La Fiduciaria entregó a los fideicomitentes los dineros recibidos de parte de los beneficiarios de área en virtud de su vinculación al fideicomiso, a sabiendas que aquellos no habían cumplido con los requisitos contractuales exigidos para dar por finalizada la fase preoperativa, de la

incertidumbre, que a todas luces existió, en la gestión en ventas del proyecto, y por ende, en cuanto a la inversión y destino de los dineros entregados por los beneficiarios de área, inobservando los cánones rectores inherentes o su condición de experto y depositario de la confianza otorgada por las partes en el presente negocio jurídico.

2.2.4. La Fiduciaria toleró el canje o pago en especie de derechos inmobiliarios derivados de 34 Encargos Fiduciarios por los honorarios que supuestamente estarían causados a favor de los Fideicomitentes, por su gestión como gerente y constructor respectivamente, sin valorar que esta fórmula, además de inflar aún más el punto de equilibrio del proyecto, porque tales encargos fiduciarios no se constituyen como resultado de las ventas efectivas que reporten dinero al proyecto, sino que los Fideicomitentes buscaron asegurarse el pago anticipado de sus honorarios sin tener que esperar los tiempos de ejecución del proyecto, desconocía los derechos económicos de los Beneficiarios de Área.

3. Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín, se dispuso su notificación a los demandados¹. Andrés Fajardo Valderrama² formuló las excepciones de mérito de ausencia de solidaridad y la genérica. Fajardo Williamson S.A.³, a través de curador *ad litem*, contestó la demanda. El Patrimonio Autónomo Soler Gardens, a través de su vocera y administradora⁴, formuló

¹ Fl. 347, auto del 14 de mayo de 2012, C. 1 Exp. digital

² Fl. 508 y s.s. Cuaderno 1 Exp. digital

³ Fl. 633 y s.s. Cuaderno 1

⁴ Fls. 675 y s.s. Continuación principal

las excepciones que denominó: ausencia de solidaridad, imposibilidad jurídica para ejercer la acción resolutoria de contrato así como la genérica; Fiduciaria Corficolombiana S.A., actuando en posición propia⁵, propuso las excepciones de mérito de: «esquema fiduciario de beneficiarios de área para el desarrollo de proyectos inmobiliarios», «ausencia de legitimación en la causa por pasiva por parte de mi defendida», «inexistencia de solidaridad entre Fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso Soler y Andrés Fajardo Valderrama, Fajardo Williamson S.A. y Promotora Soler Gardens», «diligencia y cuidado. Ausencia de culpa», «excepción de contrato no cumplido. Incumplimiento contractual de los demandantes»; «ausencia de nexo causal» y «tasación excesiva de los eventuales perjuicios. Objetó al juramento estimatorio en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso», así como llamó en garantía a Fajardo Williamson S.A., Andrés Fajardo Valderrama y Promotora Soler Gardens S.A.

Reasignado el expediente, el 30 de octubre de 2018 el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Medellín profirió sentencia en la que declaró probada de manera oficiosa la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con Fajardo Williamson S.A. y el señor Andrés Fajardo Valderrama; declaró impróspera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva interpuesta por Corficolombiana S.A. y probada la excepción de contrato no

⁵ Fls. 758 y s.s. Continuación principal

cumplido, por lo que, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda.

Apelado el fallo por los demandantes, el Tribunal confirmó⁶ los numerales 1º y 2º de la sentencia recurrida, revocó el numeral 3º, mediante el cual se declaró probada la excepción de contrato no cumplido y se denegaron las pretensiones de la demanda, el 4º, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda por tanto ordenó la resolución de los contratos; dispuso el pago por la Fiduciaria Corficolombiana S.A., actuando en nombre propio, de los montos reclamados y acogió el llamamiento en garantía respecto de Promotora Soler Gardens S.A.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de hacer una breve reseña del litigio inició el Tribunal su estudio precisando que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 895 del estatuto mercantil, no existe justificación para vincular a los fideicomitentes originales al cumplimiento del contrato de fiducia porque, «*en su calidad de cedentes, salieron del negocio jurídico de fiducia mercantil irrevocable de administración*», ingresando en su lugar la Promotora Soler Gardens S.A., lo que llevó a concluir al *ad quem* que desde el 31 de julio de 2009 ni Andrés Fajardo Valderrama, ni Fajardo Williamson S.A. deben responder en calidad de fideicomitentes, bien por el incumplimiento del

⁶ fls. 30 a 56 C8 Tribunal

contrato de fiducia mercantil de administración o por el fracaso de los contratos de encargo fiduciario.

A continuación anotó que el coligamiento al que se refirieron los apelantes de entrada se compadece con la realidad, atendiendo el esquema de negociación fiduciario a través del cual se desarrolló el proyecto Soler Gardens, ya que involucraba *«una multiplicidad de actores»* que *«implicó la celebración de un cúmulo de negocios jurídicos»* que buscaba que quienes se vincularan como beneficiarios de áreas adquirieran sus inmuebles, pero que atendiendo el contenido de la fiducia mercantil, así como los encargos fiduciarios, el proyecto se caracterizaba por la independencia de sus etapas, *«el éxito de una no dependía de la otra»*, lo que no permite hacer extensiva a todos los intervinientes las consecuencias del fracaso del proyecto inmobiliario.

De los hechos y las pretensiones de la demanda se puede colegir que los demandantes reprochan el actuar de la fiduciaria, tanto en nombre propio, como vocera y administradora del patrimonio autónomo, tildando de negligente su actuar como profesional ya que *«autorizó modificaciones trascendentes, permitió el paso de la etapa preoperativa a la operativa y obvió un papel de supervisión respecto de los demás intervinientes en los contratos de encargos fiduciario»*.

Estimó que, en principio, no se advierte por la fiduciaria negligencia o culpa en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del encargo fiduciario y en particular en cuanto a

la consecución del lote No. 5, pues se trataba de un proyecto a construirse en la modalidad por etapas, sin que el ingreso de dicho inmueble afectara el patrimonio autónomo.

Acerca de la verificación del punto de equilibrio, indicó que por la confianza que se deposita en una entidad financiera, así como por su profesionalismo y especialidad, *«la certificación y comprobación de dicha situación no puede limitarse a lo sostenido por el fideicomitente, porque ello desvirtuaría la intervención profesional y altamente especializada que pueda brindar la fiduciaria»* lo que le restaría *«todo tipo de seguridad y creando un ambiente de desconfianza para quienes se vinculan al proyecto como beneficiarios de área»*.

Por lo que estimó necesario trascender la estipulación contractual de que esa verificación correspondía al fideicomitente, para determinar si la fiduciaria, dado su profesionalismo y especialidad obró conforme se esperaba y se cercioró de que tal punto fue *«alcanzado real y efectivamente»*, puesto que fue la fiduciaria, conforme se deduce del numeral 10 de los antecedentes del contrato de encargo fiduciario de vinculación, quien fijó una serie de requisitos cuya verificación corría igualmente por cuenta suya conforme el artículo 1234 del estatuto mercantil.

Agregó que la importancia de la acreditación del punto de equilibrio radicaba en que es el momento a partir del cual se pasa de una etapa preoperativa a la operativa, esto es, los recursos pasan del manejo de la fiduciaria a los

constructores y que la principal defensa de la Fiduciaria Corficolombiana se encaminó a acreditar que el punto de equilibrio en ventas de la primera etapa fue superado ampliamente, sin embargo de la revisión de cada uno de los negocios jurídicos se advirtió que las ventas reales ascendían a dieciocho mil seiscientos veintidós millones setecientos noventa y cinco mil setecientos treinta y cuatro pesos (\$18.622.795.734), lo cual equivale al 38,79% de lo inicialmente pactado y un área de 4298,37 metros cuadrados que corresponde al 33,06% del área de venta estipulada, incumplándose la cláusula 19 del contrato de fiducia mercantil que fijó el punto de equilibrio en cuarenta y ocho mil millones de pesos (\$48.000.000.000) o 13.000 metros cuadrados, metas que en modo alguno se cumplieron.

Así mismo precisó que la fiduciaria demandada pretendió hacer valer negocios jurídicos desistidos o que sirvieron como contraprestación para intervinientes en el proyecto, los cuales no podían tenerse en cuenta, dado que: *«i) no constituyen dinero efectivamente recibido en favor del fideicomiso y ii) sirven es como un medio de pago a cambio de bienes o servicios ofrecidos al patrimonio autónomo, no así como recursos efectivos que permitieran el desarrollo de la fase operativa».*

Y que la fiduciaria sí tenía obligación con cada uno de los beneficiarios de área, porque conforme la cláusula 19 del contrato de fiducia mercantil, dicha entidad debió proceder con el reembolso del dinero *«en caso de no encontrarse superadas las condiciones de la fase preoperativa, entre ellas,*

el punto de equilibrio» y ese compromiso fue desconocido al limitarse a lo afirmado por el fideicomitente sin cerciorarse que no estaba cumplido.

De manera que estimó el *ad quem* que la fiduciaria actuó de manera negligente y descuidada porque además de pretender delegar uno de sus deberes indelegables «*concurrió al entramado negocial como un partícipe inactivo, limitado a trámites administrativos y a la verificación formal de requisitos*» sin realizar cuestionamiento alguno «*sobre la verdadera y efectiva solvencia del proceso, sobre la realidad de lo certificado por el fideicomitente y sobre la viabilidad del proyecto*».

Finalmente concluyó que la fiduciaria incumplió primero sus obligaciones, puesto que la cesación de pagos de las demandantes ocurrió en junio de 2011 y el aval para la superación de la etapa preoperativa se dio en el mes de abril de 2008, por lo que dispuso la indemnización de perjuicios relacionado con las sumas cuya entrega se acreditó en favor de la fiduciaria por parte de los beneficiarios de área demandantes, más los intereses de mora causados desde que se certificaron cada uno de los aportes, sin embargo, en la parte resolutive dicho pago se ordenó desde el 30 de junio de 2011.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cinco cargos formuló Fiduciaria Corficolombiana S.A., actuando en posición propia, contra la sentencia del Tribunal. Los dos primeros con fundamento en la causal 3ª

del artículo 336 del Código General del Proceso que se despacharan de manera conjunta; el tercer cargo lo sustentó en la causal 1ª y los dos últimos con soporte en la causal 2ª de la norma en cita.

PRIMER CARGO

Se acusa la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones y la causa petendi de la demanda, al considerar que el Tribunal Superior de Medellín condenó a la Fiduciaria demandada, en posición propia, a pagar unos montos sin que dicha sociedad en esta condición, hubiera sido parte o celebrado los contratos de encargo fiduciario resueltos y sin que tampoco fuese citada a responder contractualmente en posición o nombre propio, sino como *«entidad fiduciaria del proyecto y vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Soler Gardens»*.

Se impuso condena a la fiduciaria en posición propia, sin que *«en tal condición o calidad, se hubiera elevado pretensión expresa contra ella»*, ni mucho menos en dicha calidad *«hubiera sido parte o hubiera celebrado los contratos de Encargo Fiduciario resueltos»*, aunado a que tampoco, *«en las pretensiones de la demanda, se hubiera citado a la Fiduciaria Corficolombiana S.A., a responder contractualmente en posición o a nombre propio, sino como entidad fiduciaria del proyecto y Vocera del patrimonio Autónomo Fideicomiso Soler Gardens»*.

Agregó que no procedía la resolución de los contratos de encargo fiduciarios referidos e imputación de

responsabilidad en posición propia a la fiduciaria cuando «no celebró ni fue parte en los contratos de encargo fiduciario resueltos, ni mucho menos en la pretensión declarativas o de condena se le cita en nombre propio o en posición propia».

SEGUNDO CARGO

Aduce el recurrente que en este asunto se incurre en ese defecto procedimental absoluto como quiera que mediante la sentencia proferida por el *ad quem* se violó el principio de congruencia, debido a que condenó por hechos que nunca fueron discutidos ni planteados en el proceso por la parte demandante en las oportunidades procesales previstas para tal fin.

Para demostrar la acusación el recurrente transcribió los hechos 13.3 numeral 3 y numeral 7, para de allí concluir que «*nunca, conforme a los hechos de la demanda, ni en las pretensiones o consideraciones jurídicas, ni a lo largo de la demanda*» se planteó como causa petendi «*que hubiera incumplido sus obligaciones relativas al punto de equilibrio en ventas del proyecto por haber permitido que parte del mismo se cumpliera con el pago de los dueños de los lotes con área futura*».

Que no obstante lo anterior, fue sorprendida la demandada ya que el *ad quem* «*introdujo un hecho nuevo, respecto del cual Fiduciaria Corficolombiana S.A., en posición propia, en ningún caso tuvo, ni siquiera la posibilidad de controvertirlo o atacarlo*», en franco desconocimiento de las

reglas de procedimiento que eran aplicables al caso, vulnerando el debido proceso de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en posición propia, ya que se adoptó una decisión con base en hechos no alegados en la demanda y respecto de los que no tuvo oportunidad de contradecir.

CONSIDERACIONES

1. La congruencia.

Definir un determinado conflicto, como bien se sabe, implica que el juez a cuyo cargo está la resolución del derecho controvertido acepte o niegue, total o parcialmente, según la probanza incorporada al expediente, los pedimentos del actor o del demandado. Tal descripción responde a la formación y definición de un debido proceso. El marco dentro del cual se dirime una determinada disputa judicial está definido por los precisos términos que las partes en contienda establecen, ya en la demanda o en las excepciones. Además, en algunos eventos precisos, la resolución involucra los mandatos legales según la naturaleza de las diferencias surgidas o las personas involucradas.

Según lo describe el autor Devis Echandía, esa garantía constitucional alude al «... *principio normativo que exige **la identidad jurídica** entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes...*»⁷ (se destaca).

⁷ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General del proceso*, t. 1. Editorial Universidad, Buenos Aires, tercera edición, pág. 49.

Una sentencia es congruente cuando atiende las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el legislador previó para tal fin; los fundamentos de hecho, así como los medios de defensa invocados cuando sea del caso su resolución, tal cual lo consagra el artículo 281 del Código General del Proceso:

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

De manera que «[e]l término congruencia, es equivalente en este caso al de conformidad entre la sentencia y la pretensión o pretensiones deducidas en forma y sazón adecuadas; pero para inferir esa conformidad, es preciso atenerse al contenido de las pretensiones»⁸ en cuanto a su contenido y frente a quienes se formula la súplica.

En otras palabras, cuando los jueces abordan la discusión traída a juicio con el propósito de finiquitarla, no pueden decidir con total y absoluta libertad. Cuando se juzga

⁸ De la Plaza, Manuel. *La Casación Civil. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1944, pág. 323*

a quien asiste el derecho en conflicto, la sentencia que emita el funcionario judicial encuentra unos límites que provienen ya de las partes o del propio ordenamiento. Esa contextualización responde a la exigencia de la congruencia de las decisiones judiciales y se erige en una prerrogativa inalienable, pues afecta el derecho de defensa y, en concreto, el debido proceso.

Esta Corporación ha expuesto sobre el punto:

*A la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, respetar los límites o contornos que las partes le definen a través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez. A eso se contrae la congruencia de la sentencia, según lo establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dirigido no sólo a disciplinar que esa respuesta de la jurisdicción corresponda con lo que las partes le ponen de presente, sino, subsecuentemente, a impedir que el juez desconozca el compromiso de fallar dentro del marco de referencia que le trazan las partes, y cuyo incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (**ultra petita**); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (**mínima petita**); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (**extra petita**). (CSJ SC1806 de 24 feb. 2015).*

Sin embargo, el principio en comentario no puede concebirse en términos absolutos; no implica, inexorablemente, que deban resolverse todos los aspectos invocados, en cuanto que «no obliga a que exista simetría tal entre la sentencia y las dichas pretensiones y excepciones,

que aquélla guarde con éstas conformidad literal. Lo imprescindible es que la decisión recaiga sobre la totalidad de la materia litigada, respetando en absoluto, como ha dicho la Corte, los hechos procesales y no alterando la causa petendi» (CSJ SC 24 de abril de 1994, GJ CXLVIII, n.º 2378 a 2389, pág. 80).

2. La pretensión.

Atendiendo el carácter dispositivo del proceso civil, corresponde a quien solicita la intervención de la rama judicial presentar un escrito inicial, denominado demanda⁹ y que como mínimo debe contener los requisitos que consagra el estatuto procesal¹⁰, de los que se deben resaltar las pretensiones y los hechos.

Por la doctrina se ha definido como *«una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración»*¹¹, que determin, entre otros aspectos, el derecho discutido, así como el procedimiento a seguir.

En lo relacionado con la acumulación de pretensiones puede ser objetiva o subjetiva. La primera cuando son dos únicas personas, las que ejercitan dos o más pretensiones

⁹ Que es definida por la doctrina como *«aquella declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación»* Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Civitas, cuarta edición, 1998, Tomo 1 pág. 281

¹⁰ Artículo 82 del C. G.P.

¹¹ Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Civitas, cuarta edición, 1998, Tomo 1 pág. 206

acumuladas en un proceso, atendiendo para ello las reglas definidas en el artículo 88 del Código General del Proceso.

A su turno la acumulación subjetiva ocurre cuando la pretensión es ejercida conjuntamente por varios sujetos o contra uno o varios demandados «*aunque sea diferente el interés de unos y otros*» (inc. 2 del artículo 88 *ibidem*), en las siguientes hipótesis:

- a) cuando provengan de la misma causa
- b) Cuando versen sobre el mismo objeto
- c) Cuando se hallen entre si en relación de dependencia
- d) Cuando deban servirse de unas mismas pruebas.

Tratándose de la acumulación subjetiva se hace necesario definir quienes están llamados a soportar las contingencias del proceso, pues quien no ha sido vinculado legalmente al proceso no puede ser condenado. Temática sobre la cual la doctrina ha precisado que «*una sentencia no puede obligar ni perjudicar al que no ha litigado; es un axioma general que nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio*»¹².

Por tal motivo, no se podrá imponer condena contra quien no sea parte (incongruencia subjetiva por exceso), ni podrá el juez omitir condenar a quien corresponda hacerlo (incongruencia subjetiva por defecto), tampoco se podrá

¹² Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Reus, Madrid, 1914, p.104.

incluir en la sentencia a persona ajena al litigio, es decir, distinta a demandante y demandado (incongruencia mixta).

3. El caso concreto.

Se advierte que los cargos objeto de análisis no se abren paso para aniquilar la sentencia del Tribunal, dado que:

3.1. Aduce la fiduciaria recurrente que en las pretensiones de la demanda no fue citada en nombre propio sino como entidad fiduciaria del proyecto y vocera del Patrimonio Autónomo «*Fideicomiso Soler Gardens*», pero dicha alegación resulta insuficiente para deducirse de ella un error de procedimiento, como pasa a explicarse.

3.2. En este asunto se advierte que la pretensión primera, en la forma como quedó definida tras la subsanación de la demanda, es del siguiente tenor:

PRIMERA. Se declare que los demandados, i) ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA en su calidad de FIDEICOMITENTE INICIAL y actual GERENTE del Proyecto, ii) sociedad FAJARDO WILLIAMSON S.A. en su condición de FIDEICOMITENTE INICIAL y actual CONSTRUCTOR del Proyecto, iii) PROMOTORA SOLER GARDENS S.A. en su calidad de FIDEICOMITENTE CESIONARIA y PROMOTORA del Proyecto y iv) la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. como entidad fiduciaria del Proyecto y VOCERA del Patrimonio Autónomo 'FIDEICOMISO SOLER GARDENS', incumplieron de forma grave y determinante, entre otras, las obligaciones principales de traditar o transferir el dominio de los inmuebles comerciales ofrecidos a los demandantes, a saber: inmuebles 17, 105 y 236, así como, la de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución del objeto fiduciario (...).

Adviértase que, si bien de la literalidad de la pretensión se observa que la Fiduciaria fue demandada como entidad

fiduciaria del proyecto, así como vocera del patrimonio autónomo, no menos cierto es que si se analiza de manera integral la demanda se deduce que la intención de los demandantes si fue vincularla en nombre propio y como vocera del patrimonio autónomo.

En efecto, en la parte inicial de la demanda se indica que se dirige «*en contra de las siguientes personas naturales y jurídicas*»... «*(iv) Fiduciaria Corficolombiana S.A. (...) (v) y al Patrimonio Autónomo denominado «Fideicomiso Soler Gardens» y en los hechos de la demanda se dijo que la fiduciaria inobservó «los cánones rectores inherentes a su condición de experta y depositaria de la confianza otorgada por las partes en el presente negocio jurídico»*¹³ y más adelante aparece que la Fiduciaria Corficolombiana S.A. «*no cumplió con las normas financieras consagradas en la Circular Externa 007 de 1996 ni tampoco con la obligación contractual de rendición de cuentas semestrales*»¹⁴.

A lo que cabe agregar que la fiduciaria entendió desde un principio que era demandada en las dos condiciones, como al rompe se advierte del recurso de reposición que interpuso contra el auto admisorio de la demanda, toda vez que, se anunció el impugnante como apoderado judicial de la «*FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. en nombre propio, y a su vez, COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DENOMINADO FIDEICOMISO SOLER GARDENS*»¹⁵

¹³ Exp. Digital. Cuad. Primera instancia. Tomo 1, pág. 14, numeral vi, y pág. 267

¹⁴ Exp. Digital. Cuad. Primera instancia. Tomo 1, pág. 16,

¹⁵ Exp. Digital. C. primera instancia, tomo I, folio 532

Ahora, lo que en últimas discute la fiduciaria demandada en nombre propio es que carece de legitimación en la causa para soportar las contingencias de la acción de resolución contractual, alegato que mantuvo en las instancias, pues junto a la contestación de la demanda allegó escrito de excepciones previas, entre las que formuló la que denominó *«ausencia de legitimación en la causa por pasiva respecto de Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su posición propia»* con soporte en que la fiduciaria *«no actúa en posición propia, sino como vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens»*, y que en esa posición *«en ningún momento adquirió las obligaciones que se cuestionan»* por los demandantes y que de existir vínculo, *«se dio con ocasión de su actuación como vocera y administradora del Fideicomiso Soler Gardens»*.

Excepción negada en primera instancia y confirmada por Tribunal, aspecto este que, como lo ha precisado la Sala es *«un asunto de juzgamiento, carente de cualquier vínculo con la congruencia de la decisión judicial»* (CSJ. SC5175 de 2021).

4. El segundo ataque se dirige a que no se planteó como causa petendi *«que hubiera incumplido sus obligaciones relativas al punto de equilibrio en ventas del proyecto por haber permitido que parte del mismo se cumpliera con el pago de los dueños de los lotes con área futura»*.

El tema del punto de equilibrio fue referido en los hechos de la demanda, en particular en los numerales iii y vii del hecho 13.3 que rezan:

13.3. *Luego de pasar por alto el protuberante incumplimiento del Fideicomitente por cuatro años, la Fiduciaria ha seguido adelante con sus funciones en el proyecto, y tal parece que encontró ajustado a derecho la conducta de los Fideicomitentes, puesto que dio por cumplida, pese a no existir bases contractuales ni legales, la fase preoperativa del proyecto, así:*

(...)

(iii) Pese a los anteriores antecedentes la Fiduciaria dio por verificado, el punto de equilibrio para lo primera y segunda etapa del proyecto reportado por los Fideicomitentes, como cumplido para el mes de mayo del año 2008, en un porcentaje de 63.84% de área vendida (...), punto de equilibrio que a todas luces resulta ficticio y prefabricado por los Fideicomitentes, porque si ese dato lo contrastamos con lo realidad del proyecto éste no tendría el grave déficit en ventas que hoy tiene. La Fiduciaria dio por verificado este punto de equilibrio, y en general, todos los requisitos y condiciones contractuales para dar por culminada la etapa preoperativa de manera descuidada y poniendo en grave riesgo los intereses de los Beneficiarios de Área, dejando pasar evidentes inconsistencias de que dan cuenta los hechos que se narran más adelante.

(...)

vii) Y como si no fuera suficiente la desinformación en cuanto al punto de equilibrio del proyecto, y su forma de calcularlo, la Fiduciaria toleró el canje o pago en especie de derechos inmobiliarios derivados de 34 Encargos Fiduciarios por los honorarios que supuestamente estarían causados a favor de los Fideicomitentes, por su gestión como gerente y constructor respectivamente, sin valorar que esta fórmula, además de inflar aún más el punto de equilibrio del proyecto, porque tales encargos fiduciarios no se constituyen como resultado de los ventas efectivas que reporten dinero al proyecto, sino que los Fideicomitentes buscaron asegurarse el pago anticipado de sus honorarios sin tener que esperar los tiempos de ejecución del proyecto, desconociendo de esta forma los derechos económicos de los Beneficiarios de Área.

De la anterior transcripción se advierte que es cierto como lo aduce el recurrente que en la demanda no se indicó nada sobre que se hubiera permitido el pago de los lotes a través de encargos fiduciarios, lo que en últimas alteró el punto de equilibrio, pero recuérdese que la consonancia no

sólo se analiza a través de la demanda sino de su contestación, pues como lo ha precisado esta Corporación:

El proceso civil contiene una relación jurídica que la doctrina ha denominado relación jurídico-procesal, la que, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista. Constituida dicha relación, queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de decisión del juez. (C.S.J., SC 8 de febrero de 1974, dentro del ordinario de Blanca Libia Suárez vs los herederos de Arturo Velásquez Escobar. G.J. Tomo CXLVIII primera parte, pág. 23).

En el presente asunto, la Fiduciaria actuando en posición propia al contestar el hecho 13 de la demanda referente al punto de equilibrio manifestó que¹⁶:

Se firmaron para abril de 2008, alrededor de 71 Contratos de Encargos de Vinculación con diferentes Beneficiarios de Área, que corresponden, al cumplimiento del punto de equilibrio para la etapa uno del proyecto (a la cual pertenecen los demandantes). Ante la insinuación de ser un cálculo ficticio, se aportan todos estos encargos, que respaldan el cumplimiento del punto de equilibrio, con la contestación de la demanda.

Por lo que si la demandada adujo que se cumplió con el punto de equilibrio y allegó los documentos que estimó acreditaban su dicho, ese proceder habilitó al *ad quem* para verificar tal aspecto, sin que tenga trascendencia que «esa indagación hubiera fijado su atención en uno de los reproches específicos efectuados por la sociedad demandante, o en cualquier otro que englobara la acusación abstracta que esta planteó desde el inició de la disputa, con relación al requerimiento financiero en mención» (CSJ SC5175 de 2020).

¹⁶ Exp. Digital. C. primera instancia, tomo II, folio 780

5. Conclusión.

No se demostró alteración desde la perspectiva subjetiva o de los hechos por el tribunal al emitir el fallo de segunda instancia luego los dos primeros cargos no prosperan.

TERCER CARGO

Violación directa de los artículos 63, 1546, 1613 1614, 1615 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, así como de los artículos 1226,1227, 1234, 1235 y 1243 del estatuto en cita, por cuanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a la Fiduciaria Corficolombiana en posición propia a pagar unos montos, pero sin que dicha sociedad en esta condición hubiera sido parte o celebrado los contratos de encargo fiduciario resueltos, *«con los que desconoció, recta vía, las normas sustanciales relacionadas con la resolución de contratos bilaterales y sus consecuencias indemnizatorias previstas en el ordenamiento jurídico colombiano»*.

Agregó que si se trata de una acción resolutoria fundada en los artículos 1546 del estatuto civil y 870 del estatuto mercantil es requisito que el demandado haya sido parte del respectivo contrato, *«en la medida en que es frente a él que se predica la inobservancia de sus compromisos obligacionales adquiridos, y es él quien está legitimado por pasiva para repeler las pretensiones resolutorias que se le formulen en la demanda»*.

Igualmente, precisó que la existencia de contratos coligados de ninguna manera podría dar pie a que se extiendan los efectos de la resolución del contrato de encargo fiduciario a la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en posición propia, pues no hizo parte del mismo.

Finalmente, refirió que «*la coligación negocial no infirma la individuación, singularidad y especificación de las relaciones contractuales, ni permite soslayar su contenido prestacional autónomo*», lo que implica que dicho fenómeno no podrá extenderse a una prestación específica.

CONSIDERACIONES

1. La fiducia mercantil.

1.1. Antecedentes.

La fiducia encuentra su origen en el derecho romano, con dos figuras el *fideicommissum*, que implicaba la transmisión por causa de muerte y el *pactum fiduciae* que implicaba un acuerdo con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes si se presentaban determinadas circunstancias.

Posteriormente en el derecho inglés con dos figuras, el «use», a través del cual se verificaba la transmisión de tierras «*realizada por acto entre vivos o por testamento, a favor de un prestahombre, quien la poseería en provecho del*

*beneficiario*¹⁷ y el «trust» que puede definirse como «*una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación*»¹⁸.

Figura que encuentra consagración en el Código Civil a través de la propiedad fiduciaria, entendida como «*la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición*»¹⁹, y que se encuentra regulada en los artículos 794 a 822 del estatuto en mención.

Posteriormente, se incorporó a nuestro ordenamiento el encargo fiduciario a través de la Ley 45 de 1923, que en su artículo 70 implementó la sección fiduciaria, entendida como la parte del «*establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente comendados*».

La fiducia mercantil está regulada en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, sin perjuicio de distintas normas que han pretendido reglamentar y actualizar esta figura, como son entre otras, el Decreto 663 de 1993 o estatuto orgánico del sistema financiero (ESOF), el decreto 847 de 1993 que reglamenta algunos aspectos de la fiducia mercantil, la Circular Básica Jurídica y la Ley 1328 de 2009.

¹⁷ Rodolfo Batiza. *El Fideicomiso. Teoría y práctica. Cuarta edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1980, pág. 33.*

¹⁸ Hart, citado en Rodolfo Batiza. *El Fideicomiso. Teoría y práctica. Cuarta edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1980, pág. 51.*

¹⁹ Primer inciso del artículo 794 del C.C.

1.2. Definición y características.

Es un contrato principal, de carácter comercial, que el legislador definió en el inciso 1º del artículo 1226 del C. Co. en los siguientes términos:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Entre las características del contrato en estudio se encuentran las siguientes:

a.-) Se funda en la confianza, razón por la cual el fideicomitente contrata a la sociedad fiduciaria para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada en el negocio fiduciario.

b.-) Puede ser consensual o solemne. Por regla general es solemne, esto es, debe constituirse mediante escritura pública, y será consensual en los casos que así lo autorice el Gobierno Nacional mediante norma de carácter general conforme lo prevé el artículo 16 de la Ley 35 de 1993.

c.-) Es un contrato plurilateral, dado que intervienen tres partes, el fiduciante, la fiduciaria y el beneficiario.

d.-) Es un negocio jurídico de colaboración, esto es, de «*aquellos en los cuales media una función de cooperación para*

alcanzar el fin que ha de determinar el advenimiento del contrato»²⁰, y exige el deber de buena fe en relación con todos los intervinientes.

e.-) Es instrumental, ya que la fiducia se caracteriza por ser un instrumento para cumplir múltiples propósitos.

f.-) Es temporal, la intervención del fiduciario es transitoria, y la ley ha impuesto un límite máximo de hasta 20 años por regla general (no. 3 art. 1230 del estatuto mercantil).

g.-) Es remunerado, conforme lo prevé el artículo 1237 *ibidem* que preceptúa «[t]odo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria».

1.3. Partes del contrato.

Intervienen en el contrato de fiducia el fiduciante o fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario.

El fideicomitente es la persona, natural o jurídica, con capacidad para disponer de sus bienes y que en virtud de la celebración del contrato de fiducia es quien transfiere los bienes al fiduciario conforme lo prevé el artículo 1226 del estatuto mercantil.

²⁰ Spota Alberto. *Instituciones de derecho civil. Contratos*. Citado en Efraín Hugo Richard y otro. *En torno a los contratos de colaboración y asociativos: clasificación y efectos*. En *Revista de la Facultad*, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II (2013) 1-18

El fiduciario es la persona jurídica autorizada para ejercer dichas funciones, a quien el fideicomitente trasfiere los bienes que han de conformar el patrimonio autónomo, con el fin de que los administre y cumpla la finalidad establecida en el acto constitutivo (art. 1226 ibídem).

1.4. Deberes de la Fiduciaria.

En cuanto a la fiduciaria, memórese que debe tratarse de una entidad profesional dedicada exclusivamente a dicha operación, con miras a cumplir tres tipos de obligaciones: (i) legales, (ii) contractuales y (iii) profesionales.

1.4.1. Los deberes de carácter legal se encuentran consagrados en el artículo 1232 del estatuto mercantil a saber: 1o) realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia; 2o) mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios; 3o) invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca; 4o) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; 5o) pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el

Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario; 6o) procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo; 7o) transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y 8o) rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

1.4.2. Los deberes contractuales corresponden a los que se derivan de las estipulaciones de las partes en el contrato de fiducia mercantil.

1.4.3. Respecto a los deberes profesionales, conforme lo reglado en el artículo 1234 del Código de Comercio y en la Circular Externa 29 de 2014 (Circular Básica Jurídica) se deducen como obligaciones a cargo de la fiducia los siguientes: el de información, el de protección de los bienes fideicomitidos, la lealtad y buena fe, la diligencia, profesionalidad y especialidad.

1.4.3.1. El deber de información resulta trascendental en este tipo de negocios, y tiene aplicación no solo en la etapa precontractual sino durante todo el desarrollo del contrato e implica exponer situaciones de hecho de carácter objetivo que se conocen o deben ser conocidas.

En la etapa precontractual, conforme lo precisa la doctrina, *«las partes que todavía no son deudor y acreedor,*

pero que están en el camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses» por lo que se debe hablar claro, esto es, *«poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte»*²¹, ya que póngase de presente que en el contrato existe una asimetría entre la información que tienen quienes hacen parte del contrato de fiducia y de quienes se van a vincular a título oneroso.

Durante el desarrollo del contrato la obligación de información de la fiduciaria como profesional implica el deber de informar sobre los riesgos, así como de los demás aspectos inherentes al negocio celebrado.

1.4.3.2. La lealtad y la buena fe, sobre el particular recuérdese que el artículo 871 del Código de Comercio preceptúa que *«los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural»*, norma de la que se deduce que la buena fe cumple con una función de integrar y adecuar la voluntad privada de la que ha surgido el contrato.

Respecto a la función integradora ha precisado la doctrina que *«la buena fe influye en el contenido del negocio,*

²¹ Emilio Betti. *Teoría general de las obligaciones. T. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. pág.*

ya que no siempre la voluntad privada es capaz de prever todas las posibilidades que se derivan del mismo, y, por ello, se hace inútil acudir a una voluntad presunta»²².

1.4.3.3. La debida diligencia hace referencia a ejecutar algo con suficiente cuidado y ha sido definida como el «conjunto de precauciones que la ley o el buen sentido aconsejan adoptar en el desarrollo de una actividad para evitar daños previsibles»²³.

A su turno por diligencia profesional se puede entender el «nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del empresario o profesional en el desarrollo de su actividad y, en particular, en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe»²⁴.

Ahora bien, el artículo 1243 del Código de Comercio establece que la fiduciaria responde hasta la culpa leve, pero tal norma debe analizarse en concordancia con el esquema comercial que preveía el estatuto en comento, esto es, un sujeto llamado fideicomitente o fiduciante que transfiere la propiedad de uno o varios bienes determinados a otro llamado fiduciario, para que este los administre en orden a obtener una finalidad a favor de un tercero llamado beneficiario o del mismo fideicomitente, pero la realidad

²² José Luis de los Mozos. *El principio de buena fe*. BOSH, Casa Editorial. Barcelona, 1965, pág. 124

²³ RAE y Consejo General del Poder Judicial. *Diccionario del español jurídico*. Espasa. 2016 pág. 676

²⁴ RAE y Consejo General del Poder Judicial. *Diccionario del español jurídico*. Espasa. 2016 pág. 676

actual es que la entidad fiduciaria administra recursos ajenos, determinando incluso en qué momento los traslada a los fideicomitentes lo que implica que la responsabilidad no pueda analizarse bajo esa perspectiva, sino atendiendo que se trata de un «*experto prudente y diligente*»²⁵, cuyo actuar puede generar un riesgo social, por lo que la diligencia pedida es la de un buen hombre de negocios, pues como lo ha precisado esta Corporación:

(...), el grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 C.C.), sino el de un «buen hombre de negocios», comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante. (CSJ. SC 5430-2021).

2. Los contratos coligados.

Se edifican en un grupo de contratos con una causa autónoma pero que cumplen una función económica única, o en otros términos, confluyen en el logro de un mismo objeto, pero que su conexidad es «*fundamento para imputar obligaciones de las partes, entre sí, y respecto de terceros*»²⁶.

La conexidad puede ser voluntaria, cuando es prevista de esa manera, dado que es resultado del «*propósito de las partes de subordinar la surte de un*

²⁵ Art. 3.3.7.1.2. del Decreto 2555 de 2010

²⁶ Aníbal Alterini. *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría general.* Abeledo – Perro S.A., Buenos Aires. 1998. P. 194

contrato a aquélla del otro»²⁷ o funcional, cuando las distintas relaciones contractuales buscan lograr un fin común.

Para poder hablar de coligamiento se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Pluralidad de contratos. Se requiere la existencia de, al menos, dos negocios jurídicos que cumplan los requisitos legales para su existencia y validez.

b) La existencia de un nexo funcional, habida cuenta que se debe buscar la consecución de un mismo resultado.

Esta Corporación se ha pronunciado sobre el tema de los contratos conexos, entre otras, en SC 6 de octubre de 1999, exp. 5224, CCLXI, Vol. I, pág. 531, se indicó que:

Así, [...] habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión.

En sentencia de 25 de septiembre de 2007, dentro del radicado 11001-31-03-027-2000-00528-01, se indicó que la conexidad ocurre *«en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente,*

²⁷ Rómulo Morales. *Contribución a la teoría de los contratos conexos. En derecho y sociedad.* P. 133

trasciende o puede trascender en su formación, ejecución o validez».

Respecto a los requisitos necesarios para la existencia de la coligación, en sentencia del 1º de junio de 2009, radicado 05001-31-03-009-2002-00099-01, se precisó que:

En términos simples, pluralidad de negocios jurídicos o contratos y relación, nexos o vínculos por su función y finalidad única perseguida, constituyen presupuestos necesarios de la coligación; cada contrato, empero, es diverso de los restantes, tiene sus propios elementos esenciales, sirve a una función práctica o económica social característica y su cohesión conduce no a otro, sino a la realización de una función única, realizable únicamente por su confluencia y el nexo o vínculo entre todos.

3. El caso concreto.

Aduce el recurrente que la existencia de contratos coligados de ninguna manera podría dar pie a que se extiendan los efectos de la resolución del contrato de encargo fiduciario a la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en posición propia, pues no hizo parte de este.

No se encuentra en discusión la existencia del coligamiento cuando lo que se analiza son contratos fiduciarios, en particular el de fiducia mercantil y el de encargo fiduciario, pero en el presente asunto ese no fue el fundamento basilar para condenar a la demandada en posición propia, como quiera que si bien el *ad quem* hizo alusión al fenómeno en cita al referir la existencia de un esquema de negociación que involucraba una multiplicidad de actores y la celebración de un cúmulo de negocios jurídicos, de allí no dedujo la responsabilidad enrostrada a la

fiduciaria, pues si se miran bien las cosas la responsabilidad la derivó de lo pactado en el contrato de encargo fiduciario suscrito por la fiduciaria sin dejar constancia de obrar como vocera del patrimonio autónomo²⁸ y del incumplimiento de sus obligaciones legales.

Igualmente, el *ad quem* refirió, para soportar su decisión, lo estipulado en los antecedentes del encargo fiduciario, en particular lo reglado en el numeral 10 y las obligaciones consagradas en la ley respecto a la fiduciaria al indicar que:

Lo anterior sin obviar que en el numeral 10 de los antecedentes del contrato de encargo fiduciario de vinculación al fideicomiso SOLER GARDENS – folios 99 – se dispuso que, ‘EL PROYECTO, se encuentra en la fase pre operativa, en la cual deberán cumplirse los requisitos establecidos por la FIDUCIARIA para la obtención del punto de equilibrio de EL PROYECTO’ denotándose que fue la fiduciaria quien fijó una serie de requisitos cuya verificación corría igualmente por cuenta suya, concatenando dicha obligación con los ‘deberes indelegables del fiduciario’ contenidos en el artículo 1234 del C. de Co.

Para más adelante pasar a precisar que a la fiduciaria le correspondía «*en uso de sus facultades y atendiendo a su profesionalismo en la materia*» calificar «*si la labor del fideicomitente se compadecía con la realidad, y sólo en ese caso, al momento de verificar la preventa efectiva, autorizar el paso de la etapa preoperativa hacia la operativa y desembolsar los fondos que venía administrando*», y concluir que:

Principalmente radica en este punto ese actuar negligente y descuidado que se reprocha de la fiduciaria; la falta de pericia en

²⁸ *Exp digital. C. primera instancia. Tomo 1, fl. 108*

la administración del negocio; se reprocha la ausencia de diligencia para velar por los intereses de los beneficiarios de área; porque además de pretender delegar uno de sus deberes indelegables, concurrió al entramado negocial como un partícipe inactivo, limitado a trámites administrativos y a la verificación formal de requisitos, sin cuestionarse sobre la verdadera y efectiva solvencia del proceso²⁹

4. Conclusión.

En síntesis, el yerro invocado por el casacionista no se produjo dado que la condena efectuada no se fundamentó en el coligamiento sino en la suscripción por la fiduciaria del encargo fiduciario en nombre propio y en el incumplimiento de sus deberes profesionales, lo que lleva a que el cargo no esté llamado a prosperar.

CUARTO CARGO.

Mediante éste se acusa que la sentencia del Tribunal violó los artículos 63, 1546, 1613, 1614, 1616 y 1617 del Código Civil, así como los artículos 870, 1226, 1227, 1234, 1235 y 1243 del estatuto mercantil producto del error de hecho en relación con las pruebas que se precisan más adelante.

A juicio del censor el *ad quem* incurrió en manifiestos y trascendentes errores de hecho, así: a) apreció erróneamente el medio de prueba denominado contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, por medio del cual se

²⁹ *Exp. Digital. C. Segunda Instancia. Apelación sentencia fls 78 y 79*

constituyó el Fideicomiso Soler Gardens, especialmente en su cláusula 19, que radicó en dos aspectos:

En primer lugar, por haber interpretado la cláusula contractual que no se podía tomar en consideración para efectos de verificar el cumplimiento del punto de equilibrio en venta, los encargos fiduciarios de vinculación de los dueños de los lotes en los cuales se realizaría el proyecto, esto es, María Luzmila Arias Arias, Gómez Chica y Cía. S. en C.; Arias & Cía. S. en C. y Darío Humberto Chica, cuando no existía ninguna disposición contractual que así lo limitara, *«puesto que la cláusula no indica que para el punto de equilibrio no se puedan tomar en cuenta tales encargos de vinculación, ni una disposición legal que prohibiera tal situación»*.

En segundo lugar, por haber interpretado que la cláusula contractual décima novena sobre el punto de equilibrio en ventas se debía entender en el sentido de que el 60% del total del área disponible para la venta o del 60% del valor de las ventas, *«correspondía a 13.000 metros cuadrados o a Cuarenta y Ocho Mil Millones de Pesos (sic)»* y que el Tribunal dejó de valorar los medios de prueba obrantes en el proceso que daban cuenta del cumplimiento del punto de equilibrio en ventas *«dada la suscripción de encargos fiduciarios de vinculación por parte de beneficiarios de área que equivalían a más de 7.800 metros cuadrados y a más de \$28.800.000.000 en ventas»* y que en el presente asunto se cumplieron los dos.

b) El Tribunal no apreció debidamente los medios consistentes en el encargo fiduciario de vinculación como beneficiario de área al Fideicomiso Gardens, en su antecedente número 6, pues de haberlo apreciado en conjunto con la fiducia mercantil, hubiera concluido que el punto de equilibrio en ventas estaba dado por la suscripción de encargos fiduciarios equivalentes al 60%.

c) Al no haber tenido en cuenta la declaración de Margarita María Betancur Guzmán, pues de haberla apreciado habría decidido que la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en posición propia no habría incurrido en incumplimiento alguno en la verificación del punto de equilibrio.

d) No haber valorado el testimonio de Jaime Andrés Aristizábal y la rendición de cuentas a junio de 2011 sobre el punto de equilibrio donde se indicó que *«en el mes de mayo de 2008, el proyecto legalizó el cumplimiento del punto de equilibrio en ventas en la primera etapa del proyecto»*, por lo que si el *ad quem* hubiera valorado dichas pruebas a otra conclusión respecto al punto de equilibrio habría llegado.

CONSIDERACIONES.

1. La interpretación contractual.

La interpretación de los negocios jurídicos es una actividad lógica, que se dirige a indagar y a fijar el significado de la manifestación o de las manifestaciones de voluntad realizadas por las partes, con el fin de precisar su contenido

e implica una operación dirigida a precisar el sentido de lo querido y declarado por las partes atendiendo los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico, y comprende el proceso que se sigue para revelar el verdadero sentido de sus cláusulas, o, en otras palabras, determinar su alcance y sus efectos. Sobre la interpretación de los contratos en sentencia CSJ SC, 24 jul. 2012, rad. n.º 2005-00595-01, sostuvo que:

Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5º y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse.

En ese sentido, [...], advirtió la Corte que ‘la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘[...] los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato’ (cas. civ. junio 28/1989)’.

En materia de interpretación de contratos se encuentran dos criterios, el subjetivo y el objetivo, el primero

consagrado en el artículo 1618 del Código Civil que consiste en encontrar la verdadera intención de los contratantes, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato.

2. El caso concreto.

2.1. Se aduce que el *ad quem* valoró erróneamente el contrato de fiducia mercantil, en particular lo estipulado en la cláusula 19 que reza:

EL FIDEICOMITENTE hace expresa su intención de llevar a cabo por su cuenta y riesgo y con total autonomía administrativa, técnica y financiera, en LOS INMUEBLES, el proyecto inmobiliario denominado SOLER GARDENS. EL PROYECTO podrá sufrir modificaciones por cambios que implemente EL FIDEICOMITENTE, modificaciones en razón de exigencias formuladas por las autoridades competentes al expedir la licencia de urbanización y/o construcción o modificaciones en el número de unidades, destinación, ubicación dentro del predio de las torres, nomenclatura, ubicación de la portería o acceso, número de parqueaderos privados o de visitantes, ubicación de zonas y bienes comunes, circulaciones internas vehiculares y peatonales, cerramientos, retiros, o en razón de situaciones imprevistas generadas en el mercado de materiales, que obliguen a cambios por otros, que no sean de calidad inferior a los inicialmente previstos que no alteren sustancialmente la calidad y/o el área de las unidades señaladas, y/o en virtud de las exigencias de las normas urbanísticas y de construcción o por ajustes que deban hacerse a los diseños técnicos, los cuales se informarán por escrito a LA FIDUCIARIA para su conocimiento, salvedad que deberá quedar establecida en los encargos fiduciarios mediante los cuales se vincula a EL BENEFICIARIO DE ÁREA. El número definitivo de unidades a construir, las especificaciones, diseños y demás características del proyecto serán definidas por EL FIDEICOMITENTE e informadas por escrito a LA FIDUCIARIA, previo a la vinculación a EL BENEFICIARIO DE ÁREA sin perjuicio de que se puedan efectuar las modificaciones de qué trata esta cláusula el proyecto está concebido para desarrollarse en dos (2) períodos el preoperativo y el operativo, que tendrán las finalidades que se indican a continuación:

PRIMER PERÍODO (PREOPERATIVO). Tiene por objeto la elaboración de los estudios y la celebración de todos los actos jurídicos necesarios o convenientes para la adecuada obtención de recursos por parte de EL FIDEICOMITENTE dirigidos a la realización de EL PROYECTO y a la vinculación al mismo de personas denominadas BENEFICIARIOS DE ÁREA, para un número no inferior al sesenta por ciento (60%) del total del área disponible para la venta o del sesenta por ciento (60%) del valor de las ventas, lo que primero ocurra, para cada etapa, la cual se estima en: Para la primera etapa 13.000 metros cuadrados por un valor total de cuarenta y ocho mil Millones de Pesos Mcte (\$48.000.000.000); Para la segunda etapa 5.000 metros cuadrados por un valor total de doce mil millones de pesos Mcte (\$12.000.000.000). Para la tercera etapa 5.000 metros cuadrados por un valor total de doce mil quinientos millones de pesos Mcte (\$12.500.000.000) y para la última etapa 5.000 metros cuadrados por un valor de veintiún mil millones de pesos Mcte (\$21.000.000.000) EL PROYECTO, que se considera el punto de equilibrio de EL PROYECTO, de conformidad con lo establecido en el presente contrato. En consecuencia, este período Preoperativo se aplica así: la preventa comienza a realizarse a partir del primero (1) de septiembre de 2007 y hasta el 1 de abril de 2008, para la primera Etapa, las otras etapas tendrán un plazo para alcanzar el punto de equilibrio de siete (7) meses a partir del inicio de las preventas, las cuales se podrá iniciar en cualquier momento a consideración de EL FIDEICOMITENTE. Durante este plazo, deberá haberse suscrito un número de encargos fiduciarios individuales (para cada comprador llamado BENEFICIARIO DE ÁREA), que representen el porcentaje mencionado. EL FIDEICOMITENTE conoce y acepta que no es labor de LA FIDUCIRIA realizar cobros jurídicos o prejurídicos a LOS BENEFICIARIOS DE AREA, cuando estos incumplan los pagos a que se obligarán.

El *ad quem* estimó que para determinar el punto de equilibrio solo se podían considerar los «*encargos fiduciarios que realmente aportan flujo de caja al proyecto*»³⁰ de ahí que no podían tenerse en cuenta los negocios desistidos ni los pagos con área a los propietarios de los inmuebles ni por servicios prestados, debiendo determinarse si dicha interpretación se enmarca en lo dispuesto en la estipulación 19 atrás citada, o si como lo sostiene el casacionista los encargos fiduciarios dados a los propietarios de los inmuebles eran parte integral del punto de equilibrio porque

³⁰ Fl 25. C. apelación sentencia. Exp. digital

no existía ninguna disposición contractual que así lo limitara.

Como quiera que el contrato de fiducia tiene un carácter mercantil debe acudirse a lo reglado en el artículo 822 del Código de Comercio que reza:

Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

De manera que son aplicables las reglas de hermenéutica de las cláusulas contractuales consagradas en el estatuto civil, integrándolas a las previstas en el ordenamiento mercantil, entre otras, la prevista en el artículo 871 del C.Co., que dispone: «*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*»

Ahora bien, la parte de la cláusula objeto de interpretación es la siguiente:

*(...) para la adecuada obtención de recursos por parte de **EL FIDEICOMITENTE** dirigidos a la realización de **EL PROYECTO** y a la vinculación al mismo de personas denominadas **BENEFICIARIOS DE ÁREA**, para un número no inferior al sesenta por ciento (60%) del total del área disponible para la venta o del sesenta por ciento (60%) del valor de las ventas, lo que primero ocurra (...).*

Para establecer el punto de equilibrio en la cláusula 19 se establecieron los siguientes parámetros:

- a) La realización de actos jurídicos para la «adecuada obtención de recursos» por los fideicomitentes.
- b) A través de la vinculación de beneficiarios de área.
- c) Para un número inferior al sesenta por ciento (60%) del total del área disponible para la venta o del sesenta por ciento del valor de las ventas, lo que primera ocurra.

Luego si la determinación del punto de equilibrio estaba atada a la obtención de recursos a través de la vinculación de los beneficiarios de área, la interpretación del *ad quem*, en el sentido que para dicha determinación no se podían tener en cuenta los pagos realizados a través de encargos fiduciarios se enmarca en lo establecido por las partes en el contrato en estudio que, conforme lo prevé el artículo 1613 del estatuto civil, es ley para éstas, amén de atender la finalidad del contrato conforme lo prevé el artículo 871 del C.Co., atrás citado.

Aunado a lo anterior, recuérdese que esta Corporación ha reconocido que los jueces gozan de una discreta autonomía para interpretar los contratos, sin que en principio sus conclusiones puedan ser rebatidas por medio de este recurso extraordinario, salvo que se probase que el fallador incurrió en un error de hecho manifiesto y trascendente. Sobre el tema en estudio la Corporación ha memorado en múltiples pronunciamientos, entre otros, en

fallo CSJ SC, 14 oct. 2010, rad. n.º 2001-00855-01, en el que sostuvo:

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

De modo que, si la interpretación realizada de la cláusula en estudio no es absurda, ni carente de sindéresis y lógica no puede aducirse válidamente que se haya incursionado en un error de hecho, y es que aun aceptando en gracia de discusión, que la cláusula en comentario admitiese varios entendimientos tal hecho per se no conlleva «*el quiebre de la sentencia, pues para que ello tuviera lugar sería necesaria la comprobación de un yerro evidente en la interpretación del contrato, hipótesis que no tiene cabida cuando el juzgador elige una, de entre las distintas lecturas que admite una convención, como aquí se hizo*»³¹.

2.2. En lo concerniente a que no se valoraron los testimonios de Margarita María Betancur Guzmán, de Jaime Andrés Aristizábal, así como la rendición de cuentas del proyecto por parte de Fiduciaria Corficolombiana S.A., recuérdese que «*(e)n el error de hecho debe ponerse de presente, por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y, por el otro, el texto concreto*

³¹ CSJ SC5175 de 2020

*del medio, y, establecido el paralelo, denotar que existe disparidad o divergencia entre ambos y que esa disparidad es evidente*³².

En el presente asunto si bien es cierto no aparece en la providencia referencia expresa a los medios de convicción extrañados por el casacionista, no menos cierto es que no se advierte la trascendencia del yerro, ya que recuérdese que los testigos narran hechos y su labor no está llamada a emitir opiniones sobre la forma como debe interpretarse una estipulación contractual.

3. Conclusión.

Conforme con lo analizado se advierte que el *ad quem* no vulneró las reglas de interpretación de los contratos, y en esas circunstancias el cargo no está llamado a prosperar.

QUINTO CARGO.

Aduce el recurrente que el *ad quem* al condenar a Fiduciaria Corficolombiana S.A., en posición propia a pagar intereses comerciales de mora a la tasa máxima legal desde el 30 de junio de 2011 violó indirectamente los artículos 1608, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil, por error de hecho pues el juzgador dio por supuesta la prueba sin estarlo que la fecha atrás referida era el término en que han debido cumplirse las obligaciones a cargo de Fiduciaria

³² CSJAC, 13 ene 2013, rad. 2009-00406

Corficolombiana S.A., en posición propia, sin que del texto de los contratos resueltos así se indique, aunado a que para dicha fecha el valor de los aportes de las sociedades demandantes ascendía a \$110.916.871 por Polar S.A.S., \$300.216.172 por Inversiones Cascabeles S.A.S., y \$295.823.323 por Raíz S.A.S.

En adición anotó que «*es errada la apreciación del Tribunal de que esa fecha marcaba el comienzo de los intereses moratorios ordenados, con lo cual desconoció el Tribunal, y no tuvo en cuenta, que la mora automática*» sólo se presente en los dos primeros incisos del artículo 1608 del Código Civil, por consiguiente, debía acudir al requerimiento judicial para constituir en mora al deudor.

CONSIDERACIONES

1. La violación indirecta de la ley sustancial conlleva la concurrencia de los siguientes elementos: el error y su demostración; la violación de una norma que tenga carácter sustancial y la incidencia del cargo en cuanto a la decisión tomada por el *ad quem*.

1.1. Nótese que falla el segundo requisito, pues los artículos referidos por el casacionista no ostentan el carácter de norma sustancial. Memórese que la naturaleza de una norma no depende del lugar donde se ubique, sino de su objeto habida cuenta que sólo ostenta el carácter de norma sustancial aquellas que generen, alteren o modifiquen derechos, obligaciones o relaciones subjetivas³³.

³³ Sobre el tema ver CSJ SC, AC 6078 de 2021

En efecto, el artículo 1608 del Código Civil prevé los supuestos en que el deudor se encuentra en mora³⁴. Situación similar se presenta con las demás normas citadas, pues los artículos 1613, 1614 y 1615 *ibidem* se limitan a referir y explicar los elementos de la indemnización de perjuicios, temática sobre la cual esta Sala ha precisado que: «(...) los artículos 1613, 1614 y 1615 del Estatuto Civil, que explican los componentes de la indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante), no son sustanciales, pues tan sólo hacen una clasificación y explicación de dos modalidades de daños resarcibles»³⁵.

Igual ocurre con el artículo 1617 *ejusdem* que determina el pago de perjuicios en obligaciones dinerarias, pero que no crea, modifica o extingue obligaciones.

Finalmente, en cuanto a la vulneración del artículo 94 del Código General del Proceso, nótese que dicha disposición tiene un carácter procesal y no sustancial; además, para el momento en que se presentó la demanda, 14 de febrero de 2012, dicha norma no se encontraba vigente, puesto que sólo entró a regir el 1º de octubre de 2012.

2. Conclusión.

De acuerdo con lo expuesto, el error de forma al no invocarse una norma sustancial que soportara el cargo, implica que no esté llamado a prosperar.

³⁴ Sobre el particular ver CSJ SC, 24 de octubre de 1975, GJ. 2492.

³⁵ SC 2506 DE 2016

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2019, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso que se dejó plenamente identificado al comienzo de este proveído.

Costas en casación, a cargo del recurrente. Como la parte opositora replicó en tiempo dicha impugnación, se fija en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes como agencias en derecho.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

HILDA GONZALEZ NEIRA

Presidente de Sala

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda González Neira

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

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

Código de verificación: 0D48AEE6F63D40E8163821ED4F697801CBB8FCF9139F13FA00A006840F9F1A59

Documento generado en 2022-12-14