



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado ponente

AC2743-2018

Radicación n.º 11001-31-03-006-2016-00089-01

(Aprobado en sesión de siete de marzo de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018).

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda presentada para sustentar el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del asunto de la referencia.

I. EL LITIGIO

A. La pretensión

Marlon Díaz Marín, presentó demanda contra *Alianza Fiduciaria S.A.*, como tal y como vocera de los Patrimonios Autónomos “Mocawa Plaza” y «*el que debió derivar del contrato de “Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza”*», y *Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S.*, para que se declarara la inexistencia de los contratos denominados “*Vinculación de Partícipes Mocawa Plaza*” y “*Proyecto Mocawa Plaza*” “*Carta de Instrucciones*” “*No. 10043094174-6*” “*Unidad Hotelera (No. Derechos Fiduciarios)3*”, con la correspondiente devolución de su inversión debidamente indexada y la condena al pago de los perjuicios que sufrió.

Subsidiariamente, solicitó que *i)* se declare que el negocio jurídico inicialmente mencionado, constituyó un *encargo fiduciario de inversión*, mediante el cual *Alianza Fiduciaria S.A.* se obligó a administrar sus recursos en la Cartera Colectiva Abierta *Alianza*; *ii)* que la carta de instrucciones suscrita por él, es ilegal; *iii)* que *Alianza Fiduciaria S.A.*, no actuó en calidad de vocero del Patrimonio Autónomo *Mocawa Plaza* al firmar el Contrato de *Vinculación de Partícipes*; *iv)* que la fiduciaria incumplió el contrato; *v)* que *Márquez y Fajardo S.A.S.* obtuvo provecho indebido e ilícito de su inversión; y *vi)* que se hagan las condenas respectivas por concepto de perjuicios.

En caso de no prosperar ninguna de sus anteriores solicitudes y encontrar acreditada la existencia del contrato de fiducia, pidió que se le declare beneficiario o fideicomisario del contrato de “*Fiducia Mercantil Irrevocable*

de Administración" suscrito entre las demandadas, y, en consecuencia, *i*) que el Patrimonio Autónomo Mocawa Plaza derivado de aquel convenio, está conformado por cuatrocientos cuarenta y siete (447) bienes de dominio particular, con una cabida total de veinticuatro mil ochocientos treinta y siete metros cuadrados (24.837 m²); *ii*) que la porción de sus derechos fiduciarios corresponde al 0.75% de aquellos bienes y sus rendimientos; *iii*) que a partir de lo anterior se deben determinar los excedentes de la explotación económica del fideicomiso y su porcentaje de rentabilidad desde el 7 de noviembre de 2013 hasta cuando Alianza Fiduciaria S.A. reciba la transferencia de la cuota parte correspondiente a cada uno de los inmuebles que conforman el Patrimonio Autónomo; *iv*) que una vez concluido el negocio, tiene derecho a que se le escrituren esos derechos de cuota y que se condene a la fiduciaria a proceder de conformidad; *v*) que se disponga la extinción, conclusión o terminación del negocio fiduciario en comento; *vi*) la ilegalidad de la cláusula vigésima segunda del mismo convenio, relativa a su liquidación y el numeral primero de la décima sexta, referida a la forma de distribución de los bienes fideicomitidos; *vii*) que se ordene el cumplimiento de las cláusulas décima quinta y sexta a cargo de Márquez y Fajardo S.A.S.; *viii*) que se condene a esta última al pago de los costos y gastos de la liquidación del negocio jurídico y a Alianza Fiduciaria S.A., al levantamiento de los gravámenes que pesen sobre los bienes del *Patrimonio Autónomo Mocawa Plaza* y su liquidación y, en consecuencia, la transferencia de sus derechos de cuota sobre los bienes fideicomitidos o el pago de su valor, así como de la

rentabilidad arriba establecida; y, ix) que en caso de ausencia de bienes del patrimonio, se condene a las demandadas a pagar solidariamente con su propio pecunio los conceptos ya indicados y los perjuicios materiales y morales causados.

B. Los hechos

1. Las demandadas elaboraron los documentos denominados “*Contrato de Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza*” y “*proyecto Mocawa Plaza*” “*Carta de Instrucciones*” “No. 10043094174-6” “*Unidad Hotelera (No. Derechos Fiduciarios)3*” e incluyeron en ellos «“*cláusulas ambiguas y abusivas*”» [Folio 33, c.1]
2. Aunque en la cláusula tercera del primer contrato se señala su naturaleza jurídica –contrato de fiducia mercantil de administración-, no se identificó su finalidad. [Ibidem]
3. En el parágrafo de la cláusula quinta del referido convenio se estipuló que «...[n]o obstante la descripción del objeto del contrato prevista en esta cláusula, las partes (...) previo acuerdo entre ellas, podrán hacer modificaciones al mismo, en especial para pactar el desarrollo de un proyecto inmobiliario, para lo cual suscribirán el documento a que haya lugar según sea el caso.”
4. El contrato de fiducia mercantil no constituye una fiducia inmobiliaria en los términos del numeral 8.2 de

la Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera. [Folio 36, c.1]

5. Alianza Fiduciaria S.A. conocía desde, por lo menos, el 28 de febrero de 2011, «...los planes, objetivos y propósitos de la sociedad Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S., relacionados con (...) el desarrollo de un proyecto inmobiliario», e intervino directa y activamente en su estructuración, lo promovió activamente, al punto que captó dineros requeridos para la financiación de la obra, pero incumpliendo todos sus deberes y todas sus obligaciones, dada su naturaleza jurídica. [Ibidem]

6. Las demandadas crearon y ofrecieron al público en general, a través de internet, folletos y medios impresos con publicidad engañosa, invitando a invertir en el proyecto Mocawa Plaza, para convertirse en propietario de unidades hoteleras que serían operadas por la cadena Best Western International Inc., produciendo altos rendimientos vitalicios, derechos de alojamiento y beneficios económicos en estadías y exenciones tributarias. [Folios 36-47, c.1]

7. Inducido por el error, engaño o confusión descritos, el 14 de septiembre de 2011, el demandante suscribió con las demandadas, el documento titulado “Proyecto Mocawa Plaza” “Carta de Instrucciones” “No. 10043094174-6” “Unidad Hotelera (No. Derechos Fiduciarios)3” y el 2 de febrero de 2012, firmaron el contrato de “*Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza*”, en virtud de las cuales entregó a Alianza Fiduciaria

S.A., la suma de ciento ochenta y tres millones seiscientos mil pesos (\$183.600.000). [Folio 48, c.1]

8. El 6 de diciembre de 2012, la citada demandada, expidió paz y salvo al accionante, en señal de conformidad con la entrega de los referidos recursos. [Folio 48, c.1]

9. Los únicos suscriptores de aquel contrato fueron Alianza Fiduciaria S.A. y el demandante y aquella no obró como vocera del Patrimonio Autónomo Mocawa Plaza, sino en nombre propio. [Ibidem]

10. El convenio carece de obligaciones a cargo de Alianza Fiduciaria S.A. y Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S. y a favor del partícipe y viceversa, así como de la relación jurídica patrimonial que se fuera a constituir, regular o extinguir entre los contratantes. [Folio 49, c.1]

11. La presencia de Márquez y Fajardo S.A.S. en el último negocio mencionado, es totalmente irrelevante, pues no ostenta la condición de parte en él. [Folio 50, c.1]

12. La intervención de la entidad fiduciaria en el contrato, fue determinante para otorgar su consentimiento, pues no habría decidido invertir «...en el caso en que hubiera sido la sociedad Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S., la que se presente sin más, para captar la suma mencionada.» [Folio 50, c.1]

13. No se pactó la forma en que Alianza Fiduciaria S.A. debía administrar la suma de dinero que él le entregó directamente, pero sí se dejó plasmado su derecho a recibir remuneración por sus servicios. [Folio 51, c.1]

14. Alianza Fiduciaria incumplió el eventual contrato de encargo fiduciario de inversión, porque «...en cambio de administrar, invertir la suma de \$183.600.000, en la Cartera Colectiva Abierta Alianza, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la entregó a título gratuito o de beneficencia, esto es, sin ninguna clase de utilidad o contraprestación, a [su] favor» [Folio 52, c.1]

15. El demandante no conoció el reglamento a que hace referencia la cláusula octava del contrato de vinculación cuestionado. [Folios 52-53, c.1]

16. Antes de la suscripción del contrato de participación fiduciaria, el demandante no tuvo conocimiento del contenido del Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del fideicomiso Mocawa Plaza y no obstante, en los contratos por él suscritos se indicó que conocía y aceptaba sus términos.

17. Las únicas que recibieron, han recibido y siguen recibiendo utilidad, derivada de la suma de \$183.600.000, son Alianza Fiduciaria S.A., vía remuneración que cobra como fiduciario y la sociedad Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S., mientras que Marlon Díaz Marín, no recibió, no ha recibido, ni está recibiendo

ninguna clase de utilidad o contraprestación por la suma mencionada. [Hecho 49, folio 65, c.1]

18. El demandante no tiene contra quien reclamar la redención, reintegro o devolución de su inversión, ni la transferencia o escrituración de las unidades inmobiliarias resultantes del proyecto inmobiliario, como tampoco los excedentes que genera la explotación económica de los activos del fideicomiso, como se establece en el contrato de fiducia.

C. El trámite de las instancias

1. La demanda fue admitida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, en auto de 29 de abril de 2016. [Folio 269, c. 2]

2. Notificado, el extremo pasivo manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda. Como soporte de su postura, Alianza Fiduciaria S.A., formuló las excepciones previas de *“ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones”* [Folios 1-4, c. Excepciones previas], y las de mérito que denominó *“los negocios jurídicos atacados gozan de plenitud en sus requisitos de existencia y validez”*, *“saneamiento de la pretendida invalidez de los negocios jurídicos atacados, por ratificación”*, *“no hubo publicidad engañosa”*, *“la fiduciaria no autorizó el uso de su nombre para ninguna actividad de promoción del proyecto”*, *“ninguna de las cláusulas insertas en los actos jurídicos atacados es abusiva”*, *“no hay captación masiva e ilegal de dineros del público”*, *“no procede declaración de ineficacia contra el acto jurídico: carta de instrucciones, porque se trata*

de una acto jurídico que ya terminó”, “el actor va contra sus propios actos previos”, “el actor pretende beneficiarse de su propia culpa”, “ausencia de perjuicios”, “prescripción de la pretendida nulidad”, “el actor pretende variar indebidamente el contenido contractual”, “comportamiento de la fiduciaria ajustado a la ley y al contrato de fiducia”, “no hay causa legal, ni contractual para la terminación del fideicomiso” y la “excepción genérica”. [Folios 15-25, c.2]

A su turno, Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S., para desvirtuar las solicitudes de la demanda, propuso como medios defensivos, los siguientes: “de la existencia”, “de la mala fe del demandante en terminar un negocio jurídico válido en indebida forma”, “falta de requisito de procedibilidad” y la “excepción genérica”. [Folios 227-257, c.2]

3. En proveído de agosto 23 de 2016, se resolvieron desfavorablemente las excepciones preliminares propuestas por Alianza Fiduciaria. [Folios 10-11, c. Excepciones previas]

4. Mediante fallo de 21 de febrero de 2017, el *a quo* declaró probadas “la totalidad” de las excepciones formuladas por el extremo pasivo y, en consecuencia, denegó las pretensiones principal y subsidiarias del demandante. [Folios 136-138, c.1]

5. Inconforme el actor apeló. Como sustento de su disenso, insistió en la ausencia de los requisitos de causa y objeto del contrato de “*Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza*”, así como en el establecimiento de cláusulas

abusivas por parte de las demandadas en los negocios jurídicos en virtud de los cuales se obligó a entregarles la suma de \$183.600.000, sin contraprestación alguna a su favor, circunstancia que habilita la terminación del contrato de fiducia, como lo solicitó subsidiariamente en la segunda pretensión subsidiaria, por no estar generando beneficios para su patrimonio. [Folios 7-9, c. Tribunal]

6. Al resolver ese medio de impugnación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 27 de julio de 2017, confirmó la decisión impugnada. En primer lugar, concluyó que los negocios jurídicos cuestionados por el actor ya cumplieron sus efectos y en esa medida, no es dable entrar a determinar su eficacia –existencia–; como segunda medida, estableció que con la suscripción de los respectivos contratos, el inconforme aceptó conocer y aceptar sus términos y condiciones, así como todos aquellos convenios previos a su vinculación al fideicomiso; por último, estimó demostrada la calidad de beneficiario del contrato de fiducia que ostenta el actor, pero con el alcance establecido en los convenios suscritos entre las partes y no con el que él pretende darle en la demanda. [Folios 11-28, c. Tribunal.]

7. El demandante interpuso recurso de casación, que fue admitido por esta Corporación el trece de octubre de dos mil diecisiete. [Folio 3, c. Corte]

8. En forma oportuna se radicó el escrito de sustentación que es objeto del presente pronunciamiento. [Folios 10-79, c. Corte]

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La acusación se erigió sobre seis cargos, los dos últimos, subsidiarios del cuarto y el quinto, respectivamente, apoyados en las causales primera y segunda de casación, previstas en el artículo 336 del Código General del Proceso, esto es, violación directa e indirecta de la ley sustancial. El recurrente desarrolló así sus ataques:

CARGO PRIMERO:

El censor alegó la violación directa de los artículos 146, numeral 1º del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), 864, 898, 1226 a 1244 del Código de Comercio y 1502, 1517, 1518 y 1524 del Código Civil, por inaplicación, pese a que eran determinantes para la solución del caso.

Para el casacionista, el Tribunal creó su propia regla al concluir que para determinar la existencia de los convenios suscritos por las partes¹, debía partir de lo dispuesto en el numeral 5.5 del capítulo I, título II, Parte 2 de la Circular Externa 007 de 1996, de la Superintendencia Bancaria², pese a que *ij* no se trata de una norma de carácter

¹ La pretensión principal de la demanda es que se declare su inexistencia.

² Hoy, Superintendencia Financiera de Colombia.

sustancial; *ii)* de acuerdo con el numeral 1º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la legislación llamada a regular esos asuntos es la consagrada en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, disposiciones que no hacen distinción alguna entre contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario; ni, *iii)* existe regulación especial para los contratos de participación fiduciaria.

Inicialmente, puntuó que al analizar la concurrencia de la “*voluntad o consentimiento*” en el “*Contrato de Vinculación de Participes -Fideicomiso Mocawa Plaza*” y en el documento titulado “*Proyecto Mocawa Plaza*” “*Carta de Instrucciones*” “No. 10043094174-6” “*Unidad Hotelera (No. Derechos Fiduciarios)3*”, la sentencia desconoció lo previsto en los artículos 1502, numeral 2º y 1517 del Código Civil, según los cuales todo convenio debe estar precedido del consentimiento libre de vicios de las partes y orientado a una o más cosas que impliquen dar, hacer o no hacer.

Por el contrario, el fallador concluyó infundadamente que «...cuando se trata de un negocio jurídico del que se pueda predicar que es una “*participación fiduciaria*” en un “*fideicomiso*”, es suficiente la presencia de un documento que esté suscrito por alguien, sin que se requiera averiguar por cuáles son las declaraciones de voluntad atribuibles a la persona autora de la firma (...)” y que en el caso de los contratos de adhesión no es necesario indagar por las declaraciones de voluntad de las partes porque «...las personas al contratar se encuentran con modelos o condiciones

generales preestablecidas por su contratante en relación con las cuales no cabe más que aceptarlas en su integridad o descartar el contrato»

Por otra parte, estimó inaplicada la regla del artículo 1517 mencionado y el precedente jurisprudencial de esta Corporación (SC10497-2015), acerca de la interpretación que de aquel precepto debe hacerse, porque el sentenciador de la segunda instancia consideró satisfecho el requisito esencial del “*objeto*” contractual, tras confundirlo con “*el contenido del contrato, las obligaciones que de él surgen*”, máxime cuando en los documentos controvertidos “*...no consta ninguna clase de obligación (...) a cargo del demandante o a cargo de las demandadas, de las cuales se pueda decir que se trata de unas declaraciones de voluntad*” que tengan por “*objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer*”.

Consideró también que el Tribunal se apartó de lo previsto en el artículo 1518 del Código Civil, toda vez que no tuvo en cuenta que en los negocios jurídicos sometidos a su análisis, “*...no hay declaraciones de voluntad, atribuibles al demandante o a las demandadas, que tengan por objeto cosas existentes en el momento de su celebración, o cosas que se esperara que existieran, esto es así, porque en ninguna de las cláusulas del negocio mencionado, se estipulan directrices que permitieran como así lo exige la norma, que estuvieran “determinadas, a lo menos, en cuanto a su género”.*”

Pasando a la causa contractual, aseveró que el Ad quem desconoció lo normado en el artículo 1524 del ordenamiento en estudio, como quiera que concluyó que tal elemento se encontraba configurado y consistía “*...en el contrato de fiducia mercantil celebrado entre la sociedad Márquez y*

Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S. en calidad de fideicomitente y Alianza Fiduciaria [donde] se conformó el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Mocawa Plaza para la realización de un proyecto inmobiliario por cuenta de los fideicomitentes a través de ese fideicomiso”.

De manera que la conclusión del juzgador es violatoria de la ley sustancial, porque para que se pueda predicar que una obligación tiene una causa, ésta debe ser real y porque «...según la norma mencionada, la causa “no es necesario expresarla”», y corresponde al «...motivo o la razón que indujo o llevó al demandante a pagar a favor de la demandada ALIANZA FIDUCIARIA S.A., la suma de \$183.600.000.», pero no a la existencia de un contrato ajeno, como lo dedujo el fallador, pues no se trata de un negocio jurídico accesorio (Art. 1499 del C. C.).

Por último, cuestionó la indebida aplicación que, en su criterio, hizo el Ad quem de lo previsto en el artículo 1228 del Código de Comercio, que consagra las formalidades de la constitución de la fiducia según la condición de los contratantes –entre vivos o mortis causa–, pues estimó cumplido aquel elemento «...en el caso sub-examine toda vez que, el contrato de fiducia mercantil en el que intervinieron las demandadas se documentó mediante la escritura pública No. 479 del 28 de febrero de 2011 y “otro si contrato de fiducia mercantil de administración fideicomiso mocawa plaza, del 25 de mayo de 2011”.», cuando por la naturaleza de los bienes por él entregados al fiduciario –dinero–, lo que debió concluir fue que no era necesaria la solemnidad referida.

En conclusión, afirmó que en dicho negocio jurídico –

Contrato de Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza- «...hacen falta sus requisitos o elementos esenciales, para ser considerado un contrato, en los términos definidos en el artículo 864 del Código de Comercio y en el artículo 1495 del Código Civil, por lo cual la única decisión judicial ajustada a las normas sustanciales es aquella que ordene declarar inexistente, el negocio jurídico mencionado, como así se solicitó en la pretensión principal de la demanda.»

CARGO SEGUNDO:

La sentencia violó indirectamente los artículos 1495 del Código Civil, “*por aplicación indebida*”; 1502, 1517, 1518 y 1524 *ejusdem*; 824, 864, 898 y 1226 del Código de Comercio y 1º del Decreto 1049 de 2006, todos ellos “*por falta de aplicación*”, como consecuencia de errores de derecho, originados en el desconocimiento del inciso 5º del artículo 177 del Código General del Proceso, que ordena la aducción al proceso del texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional, entre ellas, las circulares y conceptos de las autoridades administrativas, excepto “...cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.”.

Para desarrollar su ataque, el censor explicó que el “*error de hecho*” del Tribunal consistió en tener por incorporada al expediente la Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera, pese a que ella no fue decretada como prueba por el juez de primera instancia. Adicionalmente, alegó que “...el Tribunal le atribuyó o le concedió (...) una eficacia demostrativa que no tiene ni puede tener, para acreditar los aspectos bajo los cuales se debe hacer la valoración jurídica de [la] figura denominada “participación fiduciaria”.»

Insistió, en que el análisis del contrato de participación fiduciaria no debió analizarse a la luz de lo dispuesto en la referida norma, sino en las leyes cuya violación indirecta endilgó al juzgador.

La vulneración alegada en el cargo es trascendente porque de no haberse cometido, el Ad quem «...no podría haber (...) concluido [que] (...) el negocio jurídico cuestionado goza de todos los elementos para su existencia y se observó la formalidad de ley». Sino todo lo contrario, que a dicho negocio le hacen falta los elementos esenciales para su existencia y validez.»

CARGO TERCERO:

El recurrente considera vulnerados indirectamente los artículos 1495, 1502, 1517, 1518, 1524, 1551, 1530, 1602, 1620, 1622 y 1624 del Código Civil; 824, 864, 1226, 1229, 1235 y 1240 del Código de Comercio, el 1º del Decreto 1049 de 2000 y el 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, “por falta de aplicación”, como consecuencia de manifiestos y trascendentales errores en la apreciación de los medios de prueba.

a. Para el disidente, el Tribunal omitió analizar o apreciar, «...el numeral 14 de la “CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES del OTROSI CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FIDEICOMISO MOCAWA PLAZA del 25 de mayo de 2011», cuando, en su sentir, era determinante para resolver la pretensión principal de la demanda, porque «...el nacimiento a la vida jurídica y en consecuencia la existencia misma del

denominado “CONTRATO DE VINCULACIÓN”, por estipulación expresa de las demandadas que celebraron el contrato de fiducia mercantil, estipulación que a la luz del artículo 1602 del Código Civil, constituye “una ley para los contratantes”, quedó sometida a dos aspectos ineludibles: 1) (...) que en la celebración de dicho contrato, la fiduciaria debía actuar “como vocera del FIDEICOMISO” mocawa plaza; 2) el segundo, que el momento o la época habilitada para la celebración de dicho contrato, era “una vez cumplidas las CONDICIONES DE INICIO”.

Tras insistir en que los contratos de vinculación de partícipes fiduciarios no están regulados por normas de carácter especial, destacó que en el negocio jurídico objeto de reproche Alianza Fiduciaria S.A., no expresó o manifestó que celebraba el negocio jurídico actuando como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Mocawa Plaza ni tuvo lugar una vez cumplidas las condiciones de inicio “o de giro” del proyecto, en los términos del párrafo de la cláusula octava, sino antes –el 6 de febrero de 2012-.

Es trascendente la desatención endilgada, porque si se hubiese analizado el referido aparte contractual «...sin ningún esfuerzo [el Tribunal habría llegado] a la conclusión de que el negocio jurídico al que se refiere el documento titulado *CONTRATO DE VINCULACIÓN DE PARTÍCIPES-FIDEICOMISO MOCAWA PLAZA* suscrito por el demandado, por más que tenga por nombre “CONTRATO DE VINCULACIÓN” no se trata del contrato definido [en] el numeral “14”...» citado.

b. El Tribunal valoró indebidamente los numerales 1.1 y 1.4 del acápite de antecedentes del contrato en cuestión, porque les atribuyó un alcance completamente contrario al que realmente tienen, pues no son cláusulas contractuales

sino simples antecedentes, de los cuales no se podían deducir dos de los elementos de su esencia, como son la causa y el objeto contractuales.

En cuanto al primer precepto, aseguró que de su contenido no se podía establecer el motivo que indujo al demandante a la celebración del negocio jurídico que dio origen al litigio y, reiteró que de todas maneras, no se trata de una cláusula contractual (arts. 1620 a 1624 del C.C.) de donde se pueda desprender una declaración de voluntad de las partes.

Y aunque en el segundo numeral mencionado se indica que el partícipe se vincula a un fideicomiso, ello no implica, *per se*, la presencia del “*objeto*”, porque no corresponde a una declaración de voluntad atribuible a las demandadas que consista en «...una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer a favor del demandante.» ni viceversa.

El yerro es trascendente porque de aquellos apartes contractuales, el sentenciador dedujo «...sin estar presentes, (...) los elementos esenciales “*objeto*” y “*causa*”...» y, por ende, consideró existente el negocio jurídico respectivo.

c. Se omitió en el fallo, la valoración del clausulado del contrato de vinculación de partícipes suscrito entre las partes, lo cual habría evidenciado que le hacen falta sus términos definidos en el artículo 864 del Código de Comercio y el 1495 del Código Civil.

Al respecto, explica el actor, que si bien el Tribunal señaló en su providencia que analizaría si el referido negocio jurídico gozaba de todos sus elementos esenciales para predicar su existencia o no, al desarrollar el correspondiente estudio olvidó por completo ese propósito.

Se dejó de lado la verificación de las partes contratantes, para determinar al deudor y al acreedor, así como la determinación de la calidad en que actuó Alianza Fiduciaria S.A., organización que lo hizo en nombre propio y no como vocera del Patrimonio Autónomo Mocawa Plaza y en este sentido, no lo comprometió, tesis que el censor soporta en doctrina y jurisprudencia de esta Corporación (fls 39-41, c.Corte) y que, por otra parte, la presencia de la sociedad Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S., no cumplió papel alguno en la negociación, al punto que no contrajo obligación alguna.

Tampoco reparó el fallador en que él fue el único que contrajo una obligación en ese convenio, atinente a la entrega de recursos tal como lo previó la cláusula segunda del documento, circunstancia que despojaba de existencia al contrato, toda vez que carecía de causa real su compromiso.

No era posible considerar que el actor se unió al Fideicomiso Mocawa Plaza, como lo refiere el título del contrato, porque no se cumplió ninguna de las condiciones legales que permiten tal vinculación, tales como su designación por los fideicomitentes o beneficiarios o la

cesión o transferencia de los derechos de naturaleza personal por parte de aquellos a su favor.

En el mismo sentido, Alianza Fiduciaria S.A. en nombre propio ni como vocera del Fideicomiso Mocawa Plaza ni la sociedad Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S., se obligó a entregar al partícipe «...los recursos provenientes de la enajenación que se llegare a hacer de los bienes del FIDEICOMISO...»

Por otra parte, como al momento de la suscripción del contrato no existía el proyecto inmobiliario a explotar para obtener los recursos a pagar al partícipe, en el contrato debía cumplirse con los lineamientos del artículo 1518 del Código Civil, en cuanto a la determinación del objeto del contrato, a lo menos de su género y de las reglas o datos que sirvieran para establecer su cantidad, cosa que no ocurrió.

Sobre este aspecto, el casacionista cuestionó la ausencia de fijación, en el negocio cuya inexistencia se depreca, de la condición o el plazo que debía cumplirse para efectos de establecer el punto de partida de la exigibilidad de la obligación a su favor, «...de tal manera que el demandante no tiene ninguna certeza de cuándo poder reclamar aquellos aspectos, de los cuales sería beneficiario del FIDEICOMISO MOCAWA PLAZA”

En conclusión, estimó que si el Tribunal hubiera valorado integralmente el contenido del contrato de vinculación de partícipes en litigio, habría descubierto con

facilidad que sus elementos esenciales no se hallaban reunidos y en esa medida, se tornaba inexistente, de donde desprendió el censor la trascendencia del yerro.

d. En la sentencia tampoco se analizaron los numerales 8º, 9º y 10º de la cláusula primera, el literal b del numeral 3º de la cláusula quinta, los numerales 3º y 6º del parágrafo de la cláusula décima, la cláusula décima sexta, el numeral 6º del parágrafo cuarto de la cláusula décima sexta, los numerales 21 y 22 de la cláusula décima novena ni la cláusula vigésima segunda, del contrato de *Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración*, celebrado mediante Escritura Pública No. 479 del 28 de febrero de 2011, modificado por el otrosí contrato de “*Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Mocawa Plaza*”, de cuyo estudio se establece con nitidez la ausencia total de determinación de sus derechos fiduciarios como partícipe.

En desarrollo de este argumento, transcribió los apartes contractuales cuyo examen echó de menos y concluyó que la finalidad del fideicomiso o patrimonio autónomo, “...no está suficientemente determinada por el constituyente para tener plena certeza acerca de cuál es el “provecho” o beneficio a favor del “beneficiario o fideicomisario”, al que se refieren el numeral “1.4”, el numeral “1.8” de la parte de “ANTECEDENTES” y la cláusula “PRIMERA: VINCULACIÓN” del documento titulado “CONTRATO DE VINCULACIÓN DE PARTICIPES FIDEICOMISO MOCAWA PLAZA”

No obstante, adujo que como en el numeral 8º de la cláusula primera del contrato de fiducia mercantil quedó

estipulado que los partícipes tendrían derecho a «...*recibir, a partir del inicio de la FASE OPERATIVA, los excedentes provenientes de la explotación económica del PROYECTO, de acuerdo con la proporción que dichas UNIDADES HOTELERAS representen en el FIDEICOMISO...*» y en el numeral 9º se consignó que el “*proyecto*” «...*está estructurado en varios tipos de productos y usos tales como APARTAMENTOS, LOCALES COMERCIALES, OFICINAS, Y HOTEL...*», debe entenderse que los excedentes a que hace alusión el numeral 8º citado, son aquellos resultantes de todo el proyecto inmobiliario (fl.50, c. Corte).

Argumentó que lo anterior riñe con el numeral 10º de la misma cláusula, según el cual los derechos de los partícipes se contraen a los excedentes de la operación del hotel o a la “*adquisición de área de un proyecto inmobiliario*”, conformado por diversos productos, como lo señala la parte final de esa regla.

Así mismo, insistió en que al revisar el clausulado del otrosí al contrato de fiducia mercantil, «...*se descubre una total y absoluta indeterminación del provecho o derecho a favor del beneficiario o fideicomisario durante la existencia del negocio fiduciario, porque en dichas cláusulas se hace referencia indistintamente, a aspectos completamente diferentes como: 1) “los excedentes provenientes de la explotación económica del PROYECTO; 2) a “los recursos correspondientes a los excedentes provenientes de la operación del HOTEL”; 3) a “que se trata de la adquisición de área de un proyecto inmobiliario”; 4) a “los excedentes que de acuerdo con su participación en el FIDEICOMISO les correspondan en razón a las UNIDADES HOTELERAS de su FIDEICOMISO”; 5) a “los recursos generados por la operación de los activos del FIDEICOMISO”; 6) a “los excedentes de la operación de los bienes”; 7) a “los excedentes percibidos que serán distribuidos por ALIANZA entre LOS PARTÍCIPES a prorrata de su participación en el FIDEICOMISO”; 8) a “los recursos*

correspondientes a los excedentes provenientes de la explotación económica del PROYECTO”; 9) a “los excedentes que produzcan los bienes del FIDEICOMISO”; 10) a “las utilidades o de la caja producto de la operación hotelera”, de tal manera que no puede reclamar obligación alguna.

En esas condiciones, concluyó que el Tribunal incurrió en un yerro manifiesto y trascendente al pasar por alto el análisis propuesto y ello incidió directamente en su decisión adversa a las pretensiones del disidente.

e. Se dio por acreditado que las condiciones de inicio o condiciones de giro, a las que hace alusión el numeral 12 de la cláusula primera del otrosí al contrato de Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Mocawa Plaza, estaban cumplidas, cuando no existía prueba de ello, circunstancia que se refleja en que el juzgador en la sentencia, no mencionó de donde derivó aquel conocimiento.

Sobre el punto, aseguró que para cuando se suscribió el contrato de Vinculación de Partícipes -6 de febrero de 2012- no estaban satisfechas dichas condiciones y en ese sentido, no se cumplió uno de los requisitos para que naciera a la vida jurídica el contrato, según las estipulaciones del numeral 14 de la cláusula primera del mencionado otrosí, yerro que de no haberse cometido, habría determinado la prosperidad de su pretensión principal.

CARGO CUARTO:

En este ataque, el actor alegó la violación indirecta de las mismas normas a que se refirió en el cargo anterior, como consecuencia de un error de hecho, consistente en la omisión de efectuar valoración alguna a los hechos plasmados en la demanda para soportar la petición principal allí consagrada, pues en el único párrafo a través del cual el Ad quem aludió al escrito introductor, concluyó que éste solo hacía referencia a los contratos de fiducia mercantil de administración, al de vinculación de partícipes y a la carta de instrucciones, perdiendo de vista los argumentos expuestos para respaldar su primer pedimento, con desconocimiento de los deberes que el numeral 4º del artículo 42 del Código General del Proceso, impone a los Jueces de la República.

En soporte a su censura, enumeró cada uno de los hechos que expuso en su demanda para argumentar la inexistencia de los elementos esenciales de los negocios jurídicos cuestionados (fl. 59, c. Corte), para finalizar destacando la trascendencia de la equivocación endilgada en la decisión adoptada.

CARGO QUINTO:

De manera subsidiaria, el recurrente acusó a la sentencia por violar indirectamente los artículos 1226 y 1234 del Código de Comercio y el literal b del numeral 1º y el numeral 2º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema financiero por errores de hecho en la valoración de

la demanda, por no tener en cuenta la situación fáctica allí planteada, que sustentaba la segunda pretensión de su demanda (secundaria a la primera).

a. En sustento, memoró que en su libelo introductor pidió que «...si algún efecto legal llegara a producir el documento titulado “CONTRATO DE VINCULACIÓN DE PARTÍCIPES FIDEICOMISO MOCAWA PLAZA”, este sería para la configuración de un negocio jurídico fiduciario, entre MARLON DÍAZ MARÍN y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en la modalidad de un encargo fiduciario de inversión, mediante el cual, aquel le entregó o aportó a la fiduciaria la suma de \$183.600.000, suma esta que sería invertida por ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en la Cartera Colectiva Abierta Alianza, obligación que la fiduciaria no cumplió, porque la suma aquí mencionada, en cambio de ser invertida en la cartera mencionada, fue entregada por dicha fiduciaria a la sociedad MARQUEZ Y FAJARDO PROMOTORA INTEGRAL DE PROYECTOS S.A.S., a título gratuito o de beneficencia, esto es, sin ninguna clase de utilidad, beneficio o contraprestación, a favor de MARLON DÍAZ MARÍN.»

Acto seguido, reiteró que aunque Tribunal se refirió a ese pedimento y para ello acudió a la cláusula primera del Contrato de Vinculación de Partícipes y las definiciones de los términos contractuales allí establecidas, así como a la cláusula octava del Otrosí al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración, en manera alguna tuvo en cuenta los hechos de la demanda que respaldaban su petición y de esa manera, la decisión criticada está soportada en meros supuestos y no en hechos reales.

Aseguró, que con el hecho 26.1 de la demanda, se demostró que Alianza Fiduciaria S.A. no actuó como vocero

de ningún patrimonio autónomo, de modo que debía entenderse que lo hizo a nombre propio, comprometiendo su responsabilidad directa por la suma de dinero que recaudó.

Tampoco consideró que según el hecho 32.1 ibídem, sus recursos debían ser invertidos en la Cartera Colectiva Abierta Alianza y no en el Fideicomiso Mocawa Plaza o la firma Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S.

De otro lado, insistió en que el Tribunal se equivocó al estimar que las condiciones de giro se hallaban satisfechas para cuando Alianza Fiduciaria S.A. entregó a Márquez y Fajardo el dinero recaudado con sus rendimientos, pese a que en el hecho 22.3 de la demanda quedó establecido que el 6 de febrero de 2012, se suscribió el contrato de Vinculación de Partícipes y para esa fecha, tal punto de equilibrio no se había alcanzado.

Recabó en que según la cláusula segunda del contrato de Vinculación, era obligación de Alianza Fiduciaria administrar los recursos que él le entregó conforme a lo dispuesto en ese convenio y no algún otro, circunstancia que quedó demostrada, dijo, en el hecho 44.3 de la demanda.

Agregó que la figura del encargo fiduciario de inversión, pretendida de manera subsidiaria en la demanda, quedó respaldada en el hecho 32.1 de su libelo inicial, donde

puntualizó que según la Cláusula sexta del contrato denominado “*Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza*”, sus aportes debieron ser puestos en la Cartera Colectiva Abierta Alianza, lo cual corresponde a la definición de un contrato de dicha naturaleza.

En el mismo sentido, indicó que el Ad quem desechó lo narrado en los hechos 22.1, 33, 34, 41 y 127.6 del escrito introductor, por medio de los cuales se desvirtuaba la existencia del contrato de Vinculación de Partícipes y se acreditaba la obligación de la fiducia de administrar su dinero en una cartera de inversión colectiva, lo cual demostraba el incumplimiento de su contraparte a los compromisos contractuales.

b. El fallador valoró inadecuadamente los documentos titulados “*Rendición Semestral de Cuentas Fideicomiso Mocawa Plaza – Operación del periodo informado: 01 de agosto de 2014 al 31 de enero de 2015*” y “*Rendimiento Semestral de Cuentas Fideicomiso Mocawa Plaza – Operación*” “*Periodo informado: 01 de agosto de 2015 al 31 de enero de 2016*”, porque «...les atribuyó “una inteligencia contraria” por entero a la que realmente tienen...»

El casacionista concentró sus esfuerzos en criticar las conclusiones que el Tribunal extrajo de dichos medios de conocimiento, porque en su sentir, lejos de acreditar que sus recursos fueron invertidos en la Cartera Colectiva Abierta Alianza, como quedó estipulado en el contrato, fueron destinados a una finalidad que no estaba prevista por las partes y, no obstante, el sentenciador declaró lo

contrario.

Para finalizar, puntualizó que ese yerro es trascendente porque de haberse valorado correctamente los elementos de convicción referidos, la decisión de la primera pretensión subsidiaria, habría sido favorable a sus intereses.

CARGO SEXTO:

También de manera subsidiaria al anterior ataque, el actor alegó la violación indirecta de los artículos 1226, 1234, 1235, 1240 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hecho en el análisis de la situación fáctica planteada en la demanda para soportar la segunda pretensión subsidiaria, atinente a que se declarara que a través del contrato que suscribió con las demandadas, adquirió la calidad de beneficiario o fideicomisario de los derechos derivados del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración por el cual se conformó el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Mocawa Plaza y ordenar su extinción o liquidación por estar cumplidas las causales legales para ello, con todas las consecuencias que tales declaraciones conllevan.

a. El Ad quem consideró que desde el año 2014, el demandante ostentaba la condición que reclamaba, con apoyo en lo establecido en la cláusula décimo quinta del Otrosí al Contrato de Fiducia Mercantil, que establece que «...[d]urante la fase operativa, serán beneficiarios del Fideicomiso quienes detenten la titularidad de Unidades Hoteleras, es decir, los

partícipes, en la proporción que dichas Unidades Hoteleras representan en el Fideicomiso.», sin embargo, las conclusiones que de aquella manifestación se desprendieron no tuvieron en cuenta las peticiones accesorias, como consecuencia de la total falta de valoración a los hechos 64, 64.1, 65.7.3.3., 65.7.3.4 , 72, 72.1, 72.2, 72.2.1., 72.2.2., 72.3., 72.3.1, 72.3.2, 72.4, 72.5, 72.6, 72.7, 72.8, 73, 74, 75, 76, 96.2, 110.1, 110.2.

Aseguró que con aquellos supuestos fácticos, se demostró que el Fideicomiso, luego de la construcción del proyecto inmobiliario Mocawa Plaza, quedó formado por 447 bienes privados o de dominio particular, cada uno con su correspondiente folio de matrícula, punto sobre el cual el Tribunal no hizo declaración alguna, de conformidad con sus pretensiones segunda y tercera, accesorias a la segunda subsidiaria.

Cuestionó que no se compartiera el criterio que utilizó en la demanda para respaldar sus solicitudes cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena y décima, porque, en su sentir, el Ad quem lo único que hizo fue expresar que «...“en manera alguna cabe semejante interpretación”, pero sin estudiar sus argumentos, lo cual habría cambiado sustancialmente el rumbo a la decisión, de ahí la trascendencia del yerro.

b. El Tribunal se equivocó al señalar que las pretensiones décima primera a trigésima consecuenciales de la segunda pretensión subsidiaria, «...a todas luces no [son

(...)pretension[es] consecuencial[es] o accesoria[s] de la segunda subsidiaria, sino principal que en el caso de autos ha debido formularse como subsidiaria por ser excluyente de la principal...», pues con aquella argumentación confundió «...la naturaleza de la pretensión “décima segunda”, al calificarla como de pretensión principal...»

Al punto, afirmó que formuló en debida forma las pretensiones principal, subsidiarias y consecuenciales en su demanda, en los términos del artículo 88 del Código General del Proceso y, precisamente por ello su demanda no fue inadmitida como lo permitía el numeral 3º del artículo 90 del Código General del Proceso, cuando la acumulación de pretensiones no reúne los requisitos legales.

Con todo, aseveró, la pretensión décima segunda, en comento, no era una pretensión principal y aún de serlo no era impedimento para que el Tribunal la examinara, pues ello solo ocurriría si hubiese sido excluyente frente a la segunda pretensión subsidiaria.

Lo anterior, porque «...si un tercero resulta ser beneficiario o fideicomisario, por disposición del artículo 1226 del Código de Comercio, debe recibir el provecho o beneficio, derivado de la finalidad determinada por el constituyente de la fiducia mercantil. (...) En sentido contrario, si en un momento determinado y sin consideración a las circunstancias que se presentaran, ocurriera que no existieran recursos de los cuales se pudiera beneficiar el demandante, este hecho generaría como consecuencia, que frente al demandante, la fiducia mercantil, no estaría cumpliendo con su finalidad, lo cual a la luz de lo consagrado en el numeral 2º del artículo 1240 del Código de Comercio, constituye una de las causas de extinción del negocio fiduciario.»

Aunado a lo dicho, estimó que de conformidad con los artículos 1226, 1234 y 1235 del Código de Comercio, tiene el derecho a exigir a Alianza Fiduciaria S.A. el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y a hacer efectiva su responsabilidad por el incumplimiento, luego, era perfectamente viable que tras ser reconocida su calidad de beneficiario de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Mocawa Plaza, pudiera solicitar la extinción y liquidación de ese negocio jurídico, consideraciones que de haberse tenido en cuenta, habrían garantizado la prosperidad de sus súplicas.

III. CONSIDERACIONES

1. Característica esencial de este medio de defensa es su condición extraordinaria, por la cual no todo desacuerdo con el fallo permite adentrarse en su examen de fondo, sino que es necesario que se erija sobre las causales taxativamente previstas.

Se ha dicho, además, que es ineludible la obligación de sustentar la inconformidad «*mediante la introducción adecuada del correspondiente escrito, respecto del cual, la parte afectada con el fallo que se aspira aniquilar, no tiene plena libertad de configuración*».

(CSJ AC, 1º Nov 2013, Rad. 2009-00700)

2. La admisibilidad de la demanda depende del cumplimiento de los requisitos del artículo 344 del Código

General del Proceso. Se requiere la designación de las partes, una síntesis del proceso, de los hechos y de las pretensiones materia del litigio y la formulación separada de los cargos en contra de la providencia recurrida, con la exposición de sus fundamentos en forma clara, precisa y completa.

Según el parágrafo primero del artículo en mención, cuando se invoca la causal primera, se deben señalar las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas, exigencia que, desde luego, debe armonizarse con lo establecido en el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, en el sentido de que en tales eventos «será suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa».

Sobre el particular, la Corte ha precisado:

«...en el marco de dicho motivo casacional... es deber del impugnante precisar las normas sustanciales violadas, cualquiera que sea la vía que haya escogido para perfilar su acusación; la directa o la indirecta, sin que, tratándose de esta última, pueda excusarse su señalamiento a pretexto de la demostración de los errores de apreciación probatoria que se le endilgan al fallo, o de la determinación de las normas probatorias supuestamente quebrantadas – cuando se predique la comisión de un yerro de derecho –, pues si a esto último se limitare el recurrente, omitiendo la mencionada exigencia, quedaría trunca la acusación, en la medida en que no podría la Corte, al analizar el cargo, establecer oficiosamente cuáles disposiciones materiales

habrían sido quebrantadas a consecuencia de los yerros que se hubieren acreditado.» (CSJ AC, 7 Dic. 2001, Rad. 1999-0482).

Exigencia que se explica porque la demanda constituye «pieza fundamental» en el recurso extraordinario de casación, «...que a manera de carta de navegación, sujeta a la Corte en su tarea de establecer si la sentencia acusada violó o no, la ley sustancial». (CSJ AC, 18 Jul. 2002, Rad. 1999-0154).

No basta, sin embargo, con invocar las disposiciones a las que se hace referencia, sino que es preciso que el recurrente ponga de presente la manera como el sentenciador las transgredió.

Si la acusación se encamina por la vía indirecta, esto es, por errores en materia probatoria, se deberá indicar la forma como se hizo patente el desconocimiento de leyes de esa naturaleza o de los elementos materiales, es decir, en qué consistió el yerro y la incidencia del supuesto desatino en la decisión cuestionada.

Cuando se alega un error de derecho, el recurrente debe indicar las normas probatorias violadas y hacer una explicación sucinta de su infracción.

El error de hecho -tiene aceptado la jurisprudencia- proviene de una de las siguientes hipótesis: «a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad si existe en los autos; y, c) cuando se valora la

prueba que si existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento...» (CSJ SC, 10 Ago 1999, Rad. 4979; CSJ SC, 15 Sep 1998, Rad. 4886; CSJ SC, 21 Oct 2003, Rad. 7486; CSJ SC, 18 Sep 2009, Rad. 00406).

Además de que es necesario que la equivocación cometida sea manifiesta o protuberante, de tal modo que las conclusiones del juzgador resulten contraevidentes y por lo tanto, pugnen con la realidad del proceso, se requiere que sea trascendente, es decir, que por virtud suya se haya resuelto la controversia de una manera que infringe las normas sustanciales invocadas.

La doctrina jurisprudencial de esta Corporación ha sido enfática en resaltar que los jueces de instancia gozan de una discreta autonomía en lo atinente a la ponderación de los diferentes medios persuasivos incorporados al proceso, principio que consagra el artículo 230 de la Constitución Política.

En virtud de lo anterior y bajo el entendido de que «*extractar el sentido que debe darse a las pruebas, representa un juicio de valor que, en principio, resulta intangible para la Corte*», únicamente si el resultado de esa actividad resulta ser «*tan absurdo o descabellado, que en verdad implique una distorsión absoluta del contenido objetivo*» de los medios de convicción, puede abrirse paso un ataque en sede casacional fundado en la presencia de yerros de *facto* (CSJ SC, 9 Dic. 2011, Rad. 1992-05900).

Por último, se ha sostenido pacíficamente, que la carga de demostrar ese tipo de desatinos recae exclusivamente en el censor; empero, «*esa labor no puede reducirse a una simple exposición de puntos de vista antagónicos, fruto de razonamientos o lucubraciones meticulosas y detalladas, porque en tal evento el error dejaría de ser evidente o manifiesto conforme lo exige la ley*». (CSJ SC, 15 Jul. 2008, Rad. 2000-00257-01; CSJ SC, 20 Mar. 2013, Rad. 1995-00037-01)

3. En este evento, la demanda de casación no reúne los requisitos legales que establece el legislador.

3.1. Inicialmente, el casacionista acusó a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de violar directamente la ley sustancial, concretamente, los artículos 146, numeral 1º del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), 864, 898, 1226 a 1244 del Código de Comercio y 1502, 1517, 1518 y 1524 del Código Civil, por inaplicación, porque en lugar de resolver su pretensión principal a la luz de aquellas normas, acudió a la Circular Externa No. 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera de Colombia, pese a su incapacidad legal para sustituirlas.

El numeral 1º del artículo 146 del Decreto 663 de 1993, establece que «*en relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean*

compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto.»

El artículo 864 del Código de Comercio define al “contrato” como «...un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.»

El 898 de esa codificación expresa que «[l]a ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.»

A su turno, los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, están destinados a regular el contrato de fiducia, en lo relacionado con el concepto de “fiducia mercantil, fideicomitente, beneficiario y fiduciario”, “las garantías que pueden hacerse efectivas con los bienes del fideicomiso”, “las formalidades de la fiducia de acuerdo a si se trata de un acto entre vivos o mortis causa”, “la innecesariedad de la existencia del beneficiario al momento de la constitución de la fiducia pero la obligatoriedad de que sea posible tal hecho durante la duración del contrato”, “las fiducias prohibidas”, “la posibilidad de exigir la realización de un inventario y la prestación de caución especial al fiduciario”, “las causales en que el fiduciario puede renunciar al contrato”, “el deber de mantener separados los bienes del fideicomiso y los del fiduciario”, “los demás

deberes indelegables del fiduciario”, “los derechos del beneficiario”, “los derechos del fiduciante”, “la contraprestación por el negocio”, “las excepciones en que es persegurable un patrimonio autónomo por los acreedores del fiduciante y del beneficiario”, “las causales de remoción del fiduciante”, “las causales de extinción del negocio”, “el juez competente para conocer los litigios que sobre estos asuntos se susciten”, “la destinación de los bienes fideicomitidos a la terminación del contrato”, “la forma en que debe responder el fiduciario frente al cumplimiento de su gestión” y “la ineficacia de cláusulas que asignen el dominio de bienes fideicomitidos al fiduciante, por causa de ese negocio”

Por último, los artículos 1502, 1517, 1518 y 1524 del Código Civil, en su orden, contemplan *“los requisitos para que una persona pueda obligarse a otra”, “la necesidad de que exista un objeto sobre el cual recaiga toda declaración de voluntad”, “los requisitos de ese objeto” y “la causa real y lícita como elemento indispensable de toda obligación”.*

Ha de recordarse que esta Corporación tiene bien establecido que son normas sustanciales aquellas que *“...en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación por lo que no ostentan esa naturaleza las que se limitan a definir fenómenos jurídicos o a descubrir los elementos de estos o a hacer enumeraciones o enunciaciones, como tampoco las tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de la actividad in procedendo.”* (CSJ AC, 5 May. 2000)

Del contenido del numeral 1º del artículo 146 del Decreto 663 de 1993, los artículos 864, 898, 1226, 1227, 1228, 1229, 1230, 1231, 1232, 1239, 1240 y 1241 del Código de Comercio y 1502, 1517, 1518 y 1524, fácil se

advierte su contenido insustancial, toda vez que están destinados a delinear aspectos procedimentales o a enlistar situaciones jurídicas, pero sin crear, modificar o extinguir relaciones materiales determinadas, tal como ha tenido oportunidad de señalarlo esta Corporación en pretéritas oportunidades, entre otros en los autos Nos. A-2002-0007, AC7621-2016, AC4858-2017, 2009-536-01, AC-7709-2017, A-2003-3026, AC-6388-2015 y AC5613-2016.

Es decir, que con soporte en la eventual vulneración de estas normas, no era viable edificar este ataque en casación, pues no ostentan el carácter fundamental que el numeral 1º del artículo 336 del Código General del Proceso exige, para abrir paso a la prosperidad de la censura, siempre, claro está, que se cumplan los presupuestos de claridad, precisión y trascendencia.

Las demás disposiciones que el censor asegura violentadas de manera directa por el sentenciador, es decir, los artículos 1233 a 1238 y 1242 a 1244 del Código de Comercio, si cuentan con la calidad necesaria para sustentar el cargo por la vía elegida, pues ellos consagran derechos y obligaciones concretas frente a los fideicomitentes, fiduciarios y beneficiarios; sin embargo, ninguna relación tiene el contenido de aquellos preceptos con el desarrollo del embate planteado.

En efecto, se manifestó por el inconforme, que la vulneración se originó en la inaplicación de dicha normatividad porque el fallador prefirió emplear el numeral

5.5. de la Circular Básica Jurídica o Externa No. 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera de Colombia, para resolver de fondo su pretensión principal de la demanda, pero, no especificó de qué manera normas encargadas de establecer “*la separación de los bienes fideicomitidos*”, “*otros deberes indelegables del fiduciario*”, “*otros derechos del beneficiario*”, los “*derechos del fiduciante*”, la “*remuneración del negocio de fiducia*”, *el destino de los bienes fideicomitidos*”, “*la responsabilidad del fiduciario*” y la “*ineficacia de estipulaciones*”, incidían en la determinación de la existencia o inexistencia de los contratos que él suscribió con las demandadas, ni porqué eran esas y no las tomadas por el sentenciador Ad quem, las llamadas a regular el punto jurídico en discusión.

Es tal la carencia de esa precisión y claridad, que el recurrente dejó de lado, incluso, hacer referencia al contenido puntual de cada uno de esos artículos, que, verificados detenidamente, se itera, no se muestran consonantes con la situación fáctica que el actor quiso demostrar –la inexistencia de los contratos denominados “*Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza*” y “*Proyecto Mocawa Plaza*” “*Carta de instrucciones*” “No. 10043094174-6” “*Unidad Hotelera (No. Derechos Fiduciarios)3*”, por falta de dos de sus elementos esenciales, concretamente, la causa y el objeto.

Conviene adicionar que aun de considerar que el articulado del Código Civil que enlista los requisitos que deben satisfacer el objeto y la causa de los contratos (1502, 1517, 1518 y 1524), tienen el carácter de normas sustanciales, el alegato del casacionista tampoco podía salir

avante, dada su intrascendencia, pues, de un lado, no es cierto que la norma al cariz de la cual se determinó la concurrencia de los presupuestos esenciales en los contratos cuestionados, fue la Circular Externa No. 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera y, de otro, porque de todas formas el estudio del Ad quem versó acerca de la conformidad de los requerimientos legales que echa de menos el censor.

En este sentido, si bien es cierto que el Tribunal, luego de recordar algunas disposiciones encargadas de regular las relaciones contractuales de los particulares y su insuficiencia para prever todas las situaciones y matices que en la práctica se presentan, definió el contrato de vinculación de partícipes con base en las directrices impartidas por la Superintendencia Financiera en la Circular mencionada, también lo es que cuando procedió al análisis de los presupuestos de existencia del negocio jurídico, no hizo alusión a aquella regulación, sino a jurisprudencia de esta Corporación que se ha ocupado de resolver tales aspectos del litigio.

Al abordar el problema jurídico en comento, señaló:

“...por lo general los negocios que se acogen a la normatividad y están destinados a satisfacer las necesidades de los contratantes gozan de eficacia, de efectos, en tanto que los ineficaces, en términos generales son los que no están llamados a generar los efectos que en condiciones normales debieran producir de estar ajustados a las exigencias establecidas para los actos en general o para la especie en particular seleccionada.

(...)Para lo que interesa en el presente asunto se hará referencia al inexistente, es decir al acuerdo que no puede catalogarse como tal por carecer del mínimo esencial. Se trata del acto que no alcanza a nacer a la vida jurídica por faltarle una condición esencial, por ende, no produce efecto jurídico alguno.

Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia, en la providencia atrás citada, dijo: "Así, si el negocio jurídico por definición consiste en la expresión de la voluntad dirigida a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, resulta obvio colegir que, al faltar aquella intención o el objeto al que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, mas no un acto de esa índole, conclusión que asimismo se impone no sólo cuando el pacto es solemne y se pretermite la forma ad sustanciam actus prescrita por la ley, porque, sin ésta, la voluntad se tiene por no manifestada, sino también en los casos en que se omiten los requisitos esenciales previstos por el ordenamiento para la especie de la que se llegara a tratar, ya que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acuerdo tampoco existe o degenera en otro distinto; es que, cual lo expresara POTHIER, en todo convenio se 'distinguen tres cosas diferentes...: las cosas que son de la esencia del contrato; las que son únicamente de la naturaleza del contrato y las que son puramente accidentales al contrato', siendo que las primeras '...son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir (existir substancialmente). En faltando (sic) una de ellas, ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato...La falta de una de las cosas que son de la esencia del contrato impide el que exista clase alguna de contrato; algunas veces esa falta cambia la naturaleza del contrato' (Tratado de las Obligaciones, Casa Editorial Araluce Cortés, 392, Barcelona, Tomo I, pgs. 8 y 9).

Acto seguido, memoró que de acuerdo con lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, la inexistencia del contrato opera sin declaración judicial, por lo que la decisión de la judicatura en tal sentido, «...no tiene índole declarativa ni constitutiva, sino de constatación de los hechos que pudieran dar lugar al fenómeno» y que según el 898 de la misma

obra es inexistente «...el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.»

Hecho esto, procedió al análisis probatorio correspondiente.

Entonces no es cierto que el Tribunal haya creado una regla propia para determinar si los contratos en pugna nacieron a la vida jurídica, si existieron, pues su estudio fue guiado, precisamente, por las normas que el recurrente estimó inaplicadas.

Ahora, si fuera cierto que la sentencia siguió los lineamientos de la Circular Externa 007 de 1996 para resolver el asunto sometido a su consideración y dejó de lado la legislación comercial y civil mencionada, tampoco podría abrirse paso la censura, porque tendría que concluirse que una y otras exigen exactamente los mismos elementos para determinar si un contrato existió o no; de ahí que el Tribunal inspeccionara si en los negocios suscritos por el actor con las demandadas, concurrían la «*voluntad o consentimiento*», el «*objeto*», la «*causa*» y la «*forma*».

Cosa distinta es que el impugnante considerara que las conclusiones a las que llegó el sentenciador de la segunda instancia al llevar a cabo aquel análisis, son erradas, caso en el cual, no era la causal primera de casación la vía

idónea para enfilar el ataque, pues ello corresponde a un debate puramente probatorio.

Para finalizar, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, el artículo 1228 del Código de Comercio que el inconforme consideró directamente vulnerado por su indebida aplicación, no es una norma sustancial porque su finalidad es la de establecer formalidades para el negocio fiduciario, pero no crea, modifica ni extingue relaciones, derechos ni obligaciones materiales.

Y aunque ostentara esa calidad, también es completamente intrascendental el cargo que se fundamentó en que el juzgador concluyó que la solemnidad allí prevista –escritura pública o testamento, según la naturaleza de los bienes y las partes-, estaba cumplida, cuando lo que debió determinar fue su impertinencia para el asunto, dado que él no entregó a la fiducia propiedades sujetas a registro, porque como el censor lo expresó en su escrito, lo que debía concluir era que en el caso concreto tal solemnidad no se requería, punto de vista que no varía el sentido del fallo criticado.

3.2. En segundo término, se acusó a la sentencia de violar indirectamente normas sustanciales -los artículos 1495 del Código Civil, “*por aplicación indebida*”; 1502, 1517, 1518 y 1524 *ejúsdem*; 824, 864, 898 y 1226 del Código de Comercio, 1º del Decreto 1049 de 2006 y 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010-, como consecuencia de errores de derecho, originados en el desconocimiento de una norma

probatoria -el inciso 5º del artículo 177 del Código General del Proceso-, que ordena la aducción al proceso del texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional, entre ellas, las circulares y conceptos de las autoridades administrativas, excepto «...cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.».

Según el recurrente, el yerro del sentenciador de la segunda instancia consistió en tener por aportada al proceso una prueba que no fue decretada ni legalmente incorporada, con desconocimiento de la regla probatoria prevista en el inciso 5º del artículo 177 del Código General del Proceso, lo que ocasionó, la vulneración indirecta del articulado mencionado.

Ya quedóclarificado que los artículos 1502, 1517, 1518 y 1524 del Código Civil y 864, 898 y 1226 del Código de Comercio, no son normas sustanciales, luego no cuentan con la entidad para soportar el cargo endilgado, toda vez que de conformidad con el numeral 2º del artículo 336 del Código General del Proceso, la segunda causal de casación se debe soportar en la «...violación indirecta de normas sustanciales», condición que de entrada incumplen dichos preceptos, así como los artículos 1495 del C.C. y 824 del C. Cio.

En el primero de ellos, el legislador fijó el concepto general de los contratos o convenciones, definiéndolos como «...un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas

personas.», a través de la segunda disposición, se señalaron las formas en que los comerciantes pueden expresar su voluntad de contratar u obligarse y se estableció que pueden hacerlo «...verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.»

Entonces, tampoco aquellas reglas satisfacen la condición que la causal segunda de casación exige para invocarla y, en este sentido, únicamente los artículos 1º del Decreto 1049 de 2006 y 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, podían sustentar la queja del impugnante, como quiera que sí consagran obligaciones determinadas en cabeza de los fiduciarios como voceros, administradores y representantes de los patrimonios autónomos creados en virtud de los contratos de fideicomiso que celebren.

No obstante, al auscultar en los argumentos expuestos por el casacionista para sustentar el ataque, no se advierte de qué manera el eventual desconocimiento de la norma probatoria aludida pudo violentar las disposiciones sustanciales en comento, pues ninguna explicación dio el actor al respecto, cuando era su deber hacerlo.

En efecto, es de ver que el recurrente al formular el segundo cargo contra la sentencia, citó entre las normas sustanciales violadas indirectamente las referidas atrás, pero al desarrollar los fundamentos de su inconformidad no los volvió a mencionar, quedando el embate en una simple

enunciación sin despliegue argumentativo alguno.

Por otra parte, en relación con los reproches basados en que el Tribunal le concedió a la referida Circular «...una eficacia demostrativa que no tiene ni puede tener...», se advierte que, además de carecer por completo de sustento, pues en ningún momento se indicaron razones idóneas para desvirtuar la validez de las directrices consagradas en aquel compendio en materia de negocios fiduciarios, (por el contrario, el propio casacionista hizo alusión a él en diversos apartes de su demanda), se trata de un ataque que no puede ser formulado por la vía indirecta como consecuencia de errores de derecho, sino de hecho, pues está encaminado a controvertir el ejercicio de valoración probatoria llevado a cabo por el sentenciador.

Aunado a ello, necesario es resaltarlo, este punto no fue objeto de disenso al momento de formular y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, donde también «...sin hacer referencia literal a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, pero tomando en todo caso las palabras de [é]sta...», el Juez estableció que los negocios de participación fiduciaria se desarrollan, principalmente «...por las fases de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario que para el presente caso es la operación hotelera.»

3.3. Con soporte en la misma causal de casación, el reclamante endilgó al fallo la vulneración de la

normatividad relacionada en el cargo anterior y los artículos 1530, 1551, 1602, 1620, 1622 y 1624 del Código Civil y 1235 y 1240 del Código de Comercio, pero esta vez como consecuencia de yerros fácticos consistentes en la omisión e inadecuada valoración de algunos medios de prueba aportados al proceso.

De los anteriores preceptos, únicamente el artículo 1235 (*Derechos del beneficiario*) del Código de Comercio, el 1º del Decreto 1049 de 2000 (*Obligaciones del fiduciario como vocero y administrador del patrimonio autónomo*) y el 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010 (*Reproducción literal del anterior*), cuentan con el atributo de normas fundamentales o sustanciales, por las razones vistas en precedencia y porque el 1602, el 1620, el 1622 y el 1624, no contienen disposiciones que se enmarquen en aquella característica, según lo ha expresado esta Corte, entre muchos otros, en los pronunciamientos AC7520-2017, A 037-2005, A-2001-0709 y A-2010-00010-01.

Para el actor el sentenciador pasó por alto la valoración del numeral 14 de la cláusula PRIMERA del *Otrosí al Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración*, suscrito entre las demandadas, donde se pactó que *i)* la fiduciaria aparecería como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Mocawa Plaza en los negocios que se suscribieran para efectos de cumplir su finalidad, los cuales *ii)* se celebrarían una vez cumplidas las condiciones de inicio o giro del proyecto inmobiliario. Como esos lineamientos no se observaron, se debió concluir que no

hubo un contrato de vinculación de partícipes «...abriéndose paso, a favor del demandante la declaratoria de la pretensión principal –inexistencia-».

El ataque carece de trascendencia, porque la constatación de la eventual incursión del Tribunal en la irregularidad que se le endilga, según lo explicó el propio recurrente, «...no daría lugar a la inexistencia sino a la conformación de otro tipo de negocio jurídico...» cosa que no fue la que se alegó en sede de casación –no en este cargo- como para entrar a analizar si en realidad el contrato adolece de los requisitos mencionados o si se configuró uno diferente.

Sobre el punto, es de resaltar que el embate que se analiza está dirigido a desvirtuar la primera conclusión de la sentencia, esto es, aquella según la cual «...el negocio jurídico cuestionado goza de todos los elementos para su existencia y se observó la formalidad de ley...», pues así lo dejó sentado el casacionista al sustentarlo, insistiendo constantemente en que el juzgador debió estudiar los apartes contractuales mencionados para «...pronunciarse sobre la “pretensión principal”».

Si ello es así, fácil resulta concluir que ninguna relevancia tendría para la decisión censurada, la observancia o no de lo previsto por las partes en el referido numeral, porque ello no desvirtúa la existencia del negocio jurídico, sino su naturaleza, asunto que es ajeno a la “pretensión principal” y que no se podía mezclar en la demanda para sustentar el recurso extraordinario.

En segundo término, el impugnante estimó que el Ad quem valoró indebidamente los numerales 1.1 y 1.4. del acápite de ANTECEDENTES del contrato de *Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza*, porque les atribuyó el alcance de cláusulas contractuales cuando se trataba de consideraciones preliminares donde las partes no hicieron ningún tipo de manifestación de voluntad y por lo tanto, no eran concluyentes para extraer el objeto y la causa real y lícita de la negociación; sin embargo, ningún esfuerzo argumentativo dirigió a poner de presente la forma en que el supuesto yerro incidió en la vulneración indirecta de las normas sustanciales invocadas (Arts. 1235 del Código de Comercio, 1º del Decreto 1049 de 2000 y 2.5.2.2.1. del Decreto 2555 de 2010).

Así, es de ver cómo el recurrente se limitó a enlistar esos preceptos al inicio de su reproche, pero sin exponer su contenido ni indicar la relación entre la alegada valoración indebida y el desconocimiento de los derechos del beneficiario y las obligaciones del fiduciario.

Agréguese, que esta Corporación tiene dicho que «...[l]a interpretación que hace el Tribunal de las estipulaciones de un contrato, en puntos de hecho, compete a su autonomía, y la Corte en casación no puede variar esa interpretación sino en el caso de que el sentenciador incurra en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Cuando el sentenciador al interpretar un contrato le asigna un sentido que no va contra la evidencia de lo que rezan sus mismas cláusulas, no puede decirse que cometa un error de hecho evidente.» (CSJ, Cas. Civil, Sent., oct. 28/66)

En armonía con aquel criterio jurisprudencial, los artículos 1618, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, establecen pautas de interpretación que guían la labor valorativa del Juez cuando se suscitan controversias sobre el alcance y la naturaleza de cualquier tipo de contrato, como aquí ocurre, sin que se advierta, ni el censor lo haya evidenciado, la incursión del Tribunal en yerros manifiestos ni trascendentales al abordar esa tarea. Esos lineamientos son:

«Art. 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.»

«Art. 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno»

«Art. 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.»

«Art. 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.»

Por otro lado, en sentir del recurrente, el fallador desechó el clausulado del contrato de Vinculación de

Partícipes, prueba documental de la cual habría podido extraer la conclusión anhelada en su demanda, esto es, la inexistencia del contrato, punitivamente, porque *i)* Alianza Fiduciaria no suscribió el contrato obrando como vocera o administradora del Fideicomiso Mocawa Plaza; *ii)* Máquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S., no cumplió ningún papel en la negociación, *iii)* él fue el único que contrajo una obligación -la entrega de recursos-, luego, carecía de causa real su compromiso; *iv)* no se cumplieron los requisitos para considerar que él quedó vinculado al Fideicomiso Mocawa Plaza; *v)* ninguna de las demandadas se obligó a entregarle «...los recursos provenientes de la enajenación que se llegare a hacer de los bienes del FIDEICOMISO...»; *vi)* no se determinó el género ni la cantidad del objeto contractual, por tratarse de un proyecto inmobiliario que para la fecha de suscripción del contrato, no existía; y, *vii)* no se fijó la condición o el plazo que debía cumplirse para efectos de establecer el punto de partida de la exigibilidad de la obligación a su favor.

Aunque el inconforme aseguró que de haber valorado el contenido de dichas reglas establecidas entre las partes al momento de la contratación, se habría llegado a la conclusión de que el negocio no nació a la vida jurídica por adolecer de sus requisitos esenciales, faltó a su deber de demostrar el yerro manifiesto del fallador, porque tras exponer ampliamente sus propias consideraciones sobre lo que aquellas cláusulas contractuales demostraban, olvidó por completo señalar su contenido puntual de modo que pusiera al descubierto su potencial eficacia para desvirtuar

la existencia del vínculo y, por lo tanto, la decisión del Ad quem.

En ese sentido, vale la pena resaltar que el inconforme dedicó su ataque a exponer su punto de vista particular sobre algunos de los acuerdos contractuales, pero sin seguir las reglas de valoración e interpretación de ese tipo de medios de prueba, referidas en precedencia y condensadas en los artículos 1618, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, de tal manera que demostrara que aún de hacer un análisis integral y sistemático a dicho convenio, surgiera palmaria la falta de sus requisitos esenciales.

Y es que, el que la Fiduciaria no haya suscrito el pacto en determinada calidad, o que en ese documento específico no hubiese quedado anotado el compromiso o compromisos adquiridos por todos los suscriptores, o que se hubiese celebrado antes o después del cumplimiento de las condiciones de giro, no desvirtúa su eficacia; tampoco lo hace el que en ninguna de aquellas cláusulas, si es que ello fue lo que ocurrió, no se hubiese establecido el objeto contractual en legal forma, porque a la luz de los mencionados artículos, en especial el primero «*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*»

Estimó también el impugnante, que el juzgador plural no analizó los numerales 8º, 9º y 10º de la cláusula primera, el literal b del numeral 3º de la cláusula quinta, los numerales 3º y 6º del párrafo de la cláusula décima,

la cláusula décima sexta, el numeral 6º del parágrafo cuarto de la cláusula décima sexta, los numerales 21 y 22 de la cláusula décima novena ni la cláusula vigésima segunda, del contrato de *Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración*, celebrado mediante Escritura Pública No. 479 del 28 de febrero de 2011, modificado por el Otrosí al Contrato de “*Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Mocawa Plaza*”, de cuyo contenido, afirmó el actor, se puede extraer con nitidez la ausencia total de determinación de sus derechos fiduciarios como partícipe.

El cargo es contradictorio y por lo tanto intrascendente, pues en nada incide la determinación concreta de los derechos del beneficiario del fideicomiso, con la existencia del contrato, pues para que él pueda reclamar tales prerrogativas el presupuesto lógico es el reconocimiento de la existencia del negocio jurídico que buscaba desvirtuar con su demanda. En otras palabras, el casacionista no puede alegar la inexistencia del contrato de Vinculación de Partícipes, pero al mismo tiempo reclamar sus derechos como beneficiario de aquel convenio, pues ambas pretensiones, son excluyentes entre sí.

De hecho, si lo que pretendía el demandante era lograr ejercer sus prerrogativas derivadas del negocio fiduciario y por ello soportó sus reparos en la disposición sustancial 1235 del Código de Comercio, no era a través de una solicitud como la planteada en la demanda –petición principal–, la vía idónea para conseguir su propósito, tanto más si se trata de hacer ese pedimento a través del recurso

extraordinario de casación, que como se ha dicho, exige requisitos técnicos sin los cuales la Corte no puede entrar a ejercer su tarea de establecer si la sentencia desconoció o no aquella disposición sustancial.

Por último, dentro del ataque que se viene analizando, el disidente censuró que se diera por acreditado que para cuando se ajustó el contrato de Vinculación de Partícipes, las condiciones de inicio o condiciones de giro, estaban satisfechas como lo requería el numeral 12 de la cláusula primera del Otrosí al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Mocawa Plaza.

El reproche no tiene relevancia alguna. Independientemente de lo que el actor entienda por condiciones de inicio y condiciones de giro y lo que estime acerca de su cumplimiento para el 6 de febrero de 2012, fecha en que él y las demandadas perfeccionaron el convenio en pugna, lo cierto es que se trata de un aspecto insustancial para el efecto que el casacionista quiere demostrar: *la inexistencia del contrato*, pues ese tipo de pautas convencionales no hacen parte de la esencia del negocio jurídico y, en esa medida, su eventual inobservancia no elimina su eficacia.

Para concluir, el inconforme no cumplió con las cargas que la sustentación de la demanda de casación exige y que, tratándose de la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho, consiste en «...que el recurrente «adelante la labor dialéctica que implica la confrontación entre lo que real y

objetivamente fluye de la probanza respectiva y la conclusión que de ella derivó el sentenciador, pues que sólo así podrá la Corte, dentro de los confines exactos de la acusación, ver de establecer si en verdad se presentó el desatino que con ribetes de protuberancia le endilga el casacionista” (G. J. t. CCXLVI, Vol. I, pag. 270; CCXLIX, II, pag. 1338). De este modo, en tratándose de un ataque por errores de tal estirpe, “el acusador, en su gestión de demostrar los yerros del juzgador, no puede quedarse apenas en su enunciación sino que debe señalarlos en forma concreta y específica, en orden a lo cual tendrá que precisar los apartes relativos a cada una de las falencias de valoración probatoria, confrontando la realidad que resulta de la prueba con la errada ponderación efectuada por el sentenciador, tarea esta que no queda cabalmente satisfecha si el censor se contrae apenas a plantear, por más razonado que ello resulte, lo que desde su perspectiva debió ser el juicio del tribunal, por supuesto que un relato de ese talante no alcanza a constituir una crítica al fallo sino apenas un alegato de instancia” (sentencia 056 de 8 de abril de 2005, exp.#7730).

Lo dicho, determina la inadmisión del reproche.

3.4. En su cuarto ataque, el actor alegó la violación indirecta de las normas a que se refirió en el cargo anterior, de las cuales, ya quedó establecido, solo los artículos 1235 del Código de Comercio y 1º del Decreto 1049 de 2000 y 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, ostentan la condición de leyes sustanciales, como consecuencia de errores de hecho por omitir valorar «...los hechos de la demanda, que le sirven de fundamento a la “pretensión principal”.»

Para el memorialista, el Tribunal se abstuvo por completo de analizar los numerales 64, 64.1, 64.1.2, 64.1.3, 64.1.4, 64.1.5, 64.1.6, 64.1.7, 64.1.8, 64.2, 65, 65.1, 65.2,

65.3, 65.4., 65.5, 65.6, 65.6.1, 65.6.2., 65.7., 65.7.1, 65.7.2, 65.7.3, 65.7.3.1, 65.7.3.2, 65.7.3.3, 65.7.3.4, 65.7.3.5, 65.7.4, 65.7.5, 65.8, 65.9, 65.10, 65.11 del acápite denominado “*Hechos*” del escrito introductor, con los cuales se demostraba que «...en el negocio jurídico demandado, existe indeterminación o falta del objeto»

Aseguró, igualmente, que los numerales 9, 9.1., 9.2, 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.7, 9.8, 9.9, 10, 10.1, 10.2, 10.3, 10.4, 10.5, 10.6, 10.7, 10.8, 10.9, 11, 12, 12.1, 12.2, 12.3, 12.4, 12.5, 13, 14, 14.1, 14.2, 14.3, 14.4, 14.5, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 22.1, 22.2, 22.3, 23, 24, 25, 63, 63.1, 63.2, 63.3, 63.4, 63.5 y 63.6 del mismo aparte, acreditaban que «...en el negocio jurídico demandado hay ausencia de causa real...», porque «...no recae sobre un objeto lícito...», tal como se prueba con los hechos 9.4, 118.1, 119, 119.1, 123.2, 126, 126.1, 126.2, 126.3, 126.4, 126.5, 126.6, 126.7, 126.8, 126.9, 127.2, 127.3, 127.5, 129 y 129.1.

Para finalizar, indicó que su consentimiento fue «...viciado por el error al que fue inducido por la publicidad engañosa...», hecho que puede deducirse de los numerales 9, 9.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.7, 9.8, 9.9, 10, 10.1, 10.2, 10.3, 10.4, 10.5, 10.6, 10.7, 10.8, 10.9, 11, 12, 12.1, 12.2, 12.3, 12.4, 12.5, 13, 14, 14.1, 14.2, 14.3, 14.4, 14.5, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 22.1, 22.2, 22.3 y 23, del escrito inicial.

Según el numeral 2º del artículo 336 del Código General del Proceso, «...[l]a violación indirecta de la ley sustancial,

como consecuencia de error (...)de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda (...)», es una de las causales que da vía libre al recurso extraordinario de casación. (Subraya para resaltar)

El error en la interpretación de la demanda puede dar lugar a un vicio de hecho por una desacertada comprensión del significado de las afirmaciones o negaciones expresadas en el libelo, o por alterar el juez el sentido y alcance del *petitum*; pero también puede producir una equivocación en la labor de diagnosis jurídica (como la llama CALAMANDREI),³ o de postulación del instituto jurídico que rige la controversia, es decir en la identificación de la clase de acción incoada, lo cual tiene lugar en el umbral del razonamiento decisorio, previamente a la aplicación de la ley al caso concreto.

Éste no es el caso que aquí se plantea, pues lo que alega el actor no es la indebida interpretación de sus pedimentos, ni una intelección equivocada de los supuestos de hecho en los cuales los fundamentó, sino que no se les haya otorgado mérito probatorio alguno.

Una vez más, el cargo es intrascendente, no sólo porque el censor incurrió en las mismas falencias argumentativas del alegato inmediatamente anterior, sino porque, la naturaleza jurídica de la demanda no es la de una prueba, sino la de una pieza procesal que da inicio al

³ Piero CALAMANDREI. La casación civil. t. II. Buenos Aires: Editorial bibliográfica argentina, 1945. pp. 291 – 296.

juicio correspondiente; es el punto a partir del cual se enderezarán las fases judiciales subsiguientes con miras a determinar si la situación fáctica en la que se sustenta aquel *petitum* corresponde a la realidad y si es dable o no acceder a las súplicas que en ella se incorporan.

En ese sentido, la demanda solo puede ser considerada como una prueba, en los términos del artículo 193 del Código General del Proceso, cuando en ella se hacen confesiones, es decir, se exponen hechos o circunstancias «...que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.» (Art. 191, *ejúsdem*).

Y no podría ser de otro modo, porque de poder probarse con “los hechos” narrados en la demanda, esas mismas afirmaciones, ningún sentido tendría adelantar un proceso judicial, decretar y practicar pruebas y someterlas a la contradicción de las partes, pues bastaría con remitirse a lo que señaló el accionante en cada caso, para declarar favorables sus pretensiones.

Aunado a lo anterior, las quejas del actor por la falta de apreciación de “hechos” encaminados a “probar” que su consentimiento fue viciado, no son atendibles a esta altura procesal por las razones que se acaban de indicar y porque, él mismo, al sustentar el recurso de apelación, clarificó que no pretende la declaratoria de invalidez del acto, sino su inexistencia, relevando a la judicatura de retomar el estudio de este tópico expuesto en su demanda y, dicho sea de paso, resuelto adversamente por el A quo, tras constatar la

operancia del fenómeno jurídico extintivo de la prescripción.

3.5. De manera subsidiaria, el impugnante alegó la violación indirecta de los artículos 1226 y 1234 del Código de Comercio, así como el literal b del numeral 1º y el numeral 2º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, como consecuencia de un error de hecho derivado de la ausencia de valoración a los hechos de la demanda que soportan la primera pretensión subsidiaria.

Los supuestos fácticos desechados, fueron los numerales 26.1, 32.1, 22.3, 44.3, 22.1, 33, 34, 41 y 127.6.

En segundo término, aseveró que el fallador valoró inadecuadamente los documentos titulados *“Rendición Semestral de Cuentas Fideicomiso Mocawa Plaza – Operación del periodo informado: 01 de agosto de 2014 al 31 de enero de 2015”* y *“Rendimiento Semestral de Cuentas Fideicomiso Mocawa Plaza – Operación”* *“Periodo informado: 01 de agosto de 2015 al 31 de enero de 2016”*, porque «...les atribuyó “una inteligencia contraria” por entero a la que realmente tienen...»

Bastan para inadmitir la censura, en su parte inicial, los argumentos expuestos en precedencia, acerca de la inviabilidad jurídica de atribuir a los hechos narrados en la demanda, el carácter de pruebas capaces de demostrarse a sí mismas, pues nuevamente el demandante pretende que se de cabida a la pretensión encaminada a reconocer la existencia de un contrato de encargo fiduciario, simplemente porque él narró en algunos de los apartes del

escrito genitor que ello era lo que se había configurado en realidad.

Se cuestiona, igualmente, la indebida valoración de las rendiciones de cuentas aportadas por Alianza Fiduciaria S.A., donde consta la existencia de la llamada Cartera Colectiva Abierta Alianza Fiduciaria y se informa que «...los recursos aportados por los fideicomitentes y los recursos producto de la operación del Hotel, son administrados en [dicha cartera] en los encargos individuales Nos. 10030016658 y 10070000184 a nombre del Fideicomiso.»

Sobre este punto, aseguró el disidente que «...[e]ntre los recursos aportados a los que se refieren los documentos de rendición de cuentas mencionados, el Tribunal reconoce que están los del demandante MARLON DÍAZ MARÍN, esto es, la suma de \$183.600.000, que éste entregó a ALIANZA FIDUCIARIA S.A., JUSTIFICANDO DICHO Tribunal que la presencia de esos recursos en la Cartera Colectiva, “es así porque desde un inicio esas fueron las condiciones del negocio fiduciario de administración inmobiliaria, Alianza Fiduciaria S.A., en la cláusula 11 adquirió la obligación de invertir las sumas de dinero del Fideicomiso en los fondos por ella administrados, “cuyos reglamentos fueron entregados por la fiduciaria, los cuales los fideicomitentes y los participes declaran conocer”».

Aseguró que aunque el Tribunal reconoció «...los presupuestos en que se funda la primera pretensión subsidiaria», no accedió a ella.

El cargo es incompleto, pues para adoptar la decisión censurada, el Tribunal no tuvo en cuenta únicamente las rendiciones de cuentas aportadas por el Fiduciario, de tal manera que aún de concluir que incurrió en el yerro

endilgado, el ataque caería al vacío por existir medios de conocimiento que cimientan suficientemente el fallo.

Así motivó el sentenciador su providencia:

«...el Contrato de Vinculación de Partícipes Fideicomiso Mocawa Plaza no tiene la connotación que insinúa el apoderado del demandante, perfectamente sabe el actor pues así lo declaró tanto en la carta de instrucciones como en el mismo contrato de vinculación, que en desarrollo del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración instrumentado en la escritura pública No. 479 de 28 de febrero de 2011 de la Notaría Tercera de Armenia y el otrosí, que lo modificó de fecha 25 de mayo de 2011; concretamente en la fase preconstructiva se obtuvieron unos recursos para ese momento de terceros, uno de ellos Marlon Díaz Marín, que según consta en la carta de instrucciones los administra la Fiduciaria en la Cartera Colectiva Abierta Alianza. Dineros que verificadas las condiciones de giro se entregaron al gerente del fideicomiso Mocawa Plaza, Márquez y Fajardo Promotora Integral de Proyectos S.A.S., como beneficiario que era, junto con los rendimientos producidos con el propósito de desarrollar la etapa constructiva en la medida en que lo solicite, debidamente aprobado por el interventor, así aparece en la Rendición Semestral de Cuentas – Fideicomiso Mocawa Plaza – Operación, periodo 1 de agosto de 2014 a 31 de enero 2015.»

Es decir, que para establecer que el contrato de fiducia suscrito entre el actor y las demandadas no era un encargo fiduciario, como aquel lo reclamó subsidiariamente, el fallador tomó en consideración los pactos que las partes dejaron plasmados en cada uno de los convenios que documentan los negocios jurídicos celebrados y con base en la información que de allí obtuvo, aunada a la que

arrojaban las *rendiciones de cuentas*, eligió su postura jurídica.

En la misma dirección, de llegarse a corroborar la indebida valoración de esos medios de prueba, para atribuirse la que el inconforme estima acertada, tal constatación sería insuficiente para derruir el fallo cuestionado, pues no es posible concluir, con soporte único en dichos documentos, que lo que las partes suscribieron, fue un contrato de encargo fiduciario y no uno de vinculación de partícipes.

Además de lo expuesto, es importante no perder de vista que el memorialista, al momento de sustentar el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia desestimatoria de primera instancia, no formuló ataque alguno respecto de aquel tópico, al punto que si bien inició mencionando cada una de sus pretensiones principal y secundarias, no desplegó argumentos tendientes a desvirtuar las consideraciones que el A quo exteriorizó en punto del contrato de encargo fiduciario y su no configuración en este asunto.

Es así que el cargo tampoco cumple las condiciones necesarias para su admisión.

3.6. También de manera subsidiaria, el casacionista planteó la violación indirecta de los artículos 1226, 1234, 1235 y 1240 del Código de Comercio, por errores de hecho en el análisis de la situación fáctica planteada en la

demanda para soportar la segunda pretensión subsidiaria, a través de la cual pretendió que se le declarara beneficiario o fideicomisario de los derechos derivados del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración por el cual se conformó el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Mocawa Plaza y ordenar su extinción y liquidación por estar cumplidas las causales legales para ello.

En torno a este ataque, el impugnante refirió que aunque el juzgador plural accedió a su segunda pretensión subsidiaria, no hizo lo propio respecto de las peticiones consecuenciales o derivadas de aquella, porque desechó por completo el análisis de los supuestos fácticos que él narró en la demanda para soportarlas, concretamente, los numerales 64.1, 65.7.3, 65.7.3.4., 72, 72.1, 72.2, 72.2.1, 72.2.2, 72.3, 72.3.1, 72.3.2, 72.4, 72.5, 72.6, 72.7, 72.8, 73, 74, 75, 76, 96.2, 110.1, 110.2.

En adición, reprochó que el Tribunal se abstuviera de pronunciarse sobre las peticiones accesorias décima primera a trigésima porque, en su criterio, se trata de solicitudes derivadas de la última y no de una petición principal que debiera formularse de manera subsidiaria, como lo aseveró el sentenciador.

Es inadmisible la censura así planteada por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, pues lo que se endilga al fallador no son errores fácticos sino la ausencia de pronunciamiento frente a algunas de las pretensiones de la demanda, cuando, en criterio del demandante, fueron

planteadas en debida forma.

Visto así el reproche, se deduce con facilidad que debió sustentarse en la causal tercera prevista en el artículo 336 del Código General del Proceso y no en la que el recurrente escogió, pues de lo que se trata es de la falta de resolución de puntos de derecho sobre los cuales versó el litigio.

En relación con este tema, se ha dicho que la inconsonancia de la sentencia es un quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento que se patentiza cuando la sentencia decide sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de resolver los temas que fueron objeto de la litis, o realiza una condena más allá de lo pretendido, o no se pronuncia sobre alguna de las excepciones de mérito, cuando es del caso hacerlo.

Tal vicio comporta una inejecución de los preceptos procesales que establecen los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad del juzgador. El proceso civil contiene una relación jurídico-procesal en virtud de la cual la actividad de las partes y el campo de decisión del juez quedan vinculados a los términos de la demanda y su contestación. En efecto, tiene dicho la Corte que:

“...Los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones del demandado, trazan en principio los límites dentro de los cuales debe el juez decidir sobre el derecho disputado en juicio; por consiguiente, la incongruencia de un fallo se verifica mediante una labor comparativa entre el contenido de lo expuesto en tales piezas del proceso y las resoluciones adoptadas en él, todo en armonía con el

artículo 305 del Código de Procedimiento Civil [hoy 281 del Código General del Proceso]; de ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas. (SC de 6 de julio de 2005. Exp.: 5214-01)

Y en igual sentido, se ha sostenido:

El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación [hoy tercera], mediante la cual puede lograrse la simetría que debe existir entre lo decidido en la sentencia y lo solicitado por los contendientes. (Sentencia de Casación N° 042 de 26 de marzo de 2001. Exp.: 5562)

La facultad jurisdiccional del sentenciador al momento de emitir su decisión se encuentra demarcada, entre otras normas, por el artículo 281 del Código General del Proceso, a cuyo tenor:

“...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.»

En ese orden, cuando el juez infringe el primer inciso del artículo 281 incurre en el vicio de inconsonancia por emitir una sentencia que decide sobre puntos ajenos a la controversia o deja de resolver los temas que fueron objeto de la litis. Incurre en incongruencia, además, cuando desconoce el mandato contenido en el segundo inciso de la citada disposición, esto es, cuando condena al demandado por cantidad superior o por objeto o causa distinta de la invocada en la demanda (*ultra petita* o *extra petita*).

Luego, la senda que abría paso al último ataque del casacionista era la causal tercera del artículo 336 ejúsdem y no la segunda, que fue la que él invocó.

4. Con todo, resulta evidente que la decisión no transgredió el ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente, motivo adicional para inadmitir la demanda.

En efecto, el legislador estableció en el artículo 333 del Código General del Proceso los fines del recurso extraordinario de casación. Dispuso que su propósito es defender la unidad e integridad de la legislación colombiana, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por la Nación en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia y reparar los agravios de las partes con ocasión de la providencia recurrida.

En concordancia con tal objetivo, estableció en el inciso final del artículo 336 de la citada codificación, la potestad de que la Sala case una sentencia *«aun de oficio»* siempre que sea ostensible que ella compromete *«gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales»*.

Pero también, inspirado en el mismo principio, estableció en el artículo 347 *ejusdem* la facultad para que la Sala inadmita la demanda de casación que, aunque reúna los requisitos legales, esté dentro de alguno de los tres eventos que allí contempla:

1. *Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido.*

2. *Cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento.*

3. Cuando no es evidente la transgresión del ordenamiento jurídico en perjuicio del recurrente.

En este caso la sentencia respetó el régimen colombiano. Se sustentó en las pruebas legalmente recaudadas, que las partes tuvieron oportunidad de contradecir. Su estudio se enmarcó en tales evidencias así como en la normatividad aplicable al caso concreto, y se apoyó en la jurisprudencia relacionada con el asunto debatido.

En particular, los negocios fiduciarios puestos a consideración de la administración de justicia se analizaron a la luz de las disposiciones que imponen la búsqueda del espíritu, intención y efectividad de los contratos en general, reconociéndoles las consecuencias jurídicas que las partes les otorgaron al celebrarlos, situaciones que la judicatura debe proteger una vez consolidadas, pues las desavenencias que surjan entre los contratantes con posterioridad, no necesariamente son capaces de resquebrajar tales pactos, como en este asunto se declaró.

Es decir, que la decisión no vulneró los derechos y garantías constitucionales de las partes, en especial, como vimos, del inconforme, ni les irrogó agravios que deban ser reparados; no amenaza la unidad e integridad de nuestra legislación ni compromete el orden o el patrimonio público; y tampoco se requiere un pronunciamiento para unificar la jurisprudencia respecto del tema del litigio.

Razones que imponen la inadmisión de la demanda.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE:

DECLARAR INADMISIBLE la demanda presentada para sustentar la impugnación extraordinaria que se interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 27 de julio de 2017, dentro del asunto referenciado.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la corporación de origen.

Notifíquese.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

(Presidente de la Sala)

MARGARITA CABELLO BLANCO
(Ausencia Justificada)

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
(Ausencia Justificada)

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA