



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

AC2240-2023

Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-02558-01

(Aprobado en sesión de trece de julio de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Se decide sobre la admisibilidad de la demanda de sustentación del recurso de casación que formuló la convocada frente al fallo de 28 de marzo de 2022, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero que promovió Cine Colombia S.A.S. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

La actora pidió declarar que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de encargo fiduciario n.º 0001100010251. En consecuencia, solicitó condenar a su contraparte a restituirle

los dineros que transfirió al proyecto inmobiliario “Centro Comercial Marcas Mall”, que ascienden a \$1.232.027.050, junto con los rendimientos que ese monto hubiera podido generar a partir del 15 de abril de 2014.

2. Fundamento fáctico.

2.1. Con el propósito de facilitar la financiación y venta de las unidades del proyecto inmobiliario “Centro Comercial Marcas Mall”, que se construiría en la ciudad de Cali, la promotora Urbo Colombia S.A.S. (quien cedió más adelante su posición contractual a Marcas Mall Cali S.A.S.) ajustó con la convocada el contrato de encargo fiduciario denominado «*Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall*».

2.2. Cine Colombia S.A.S. se vinculó al referido proyecto inmobiliario, con el propósito de hacerse a la propiedad del local comercial 3-047 del futuro Centro Comercial Marcas Mall. Para tal efecto, suscribió con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. el contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010251, de 11 de abril de 2014.

2.3. En la referida negociación se pactó que la demandada estaría encargada de administrar los dineros aportados por Cine Colombia S.A.S. (\$1.982.027.050), hasta tanto se acreditaran y verificaran los requisitos establecidos para la transferencia de recursos al promotor del proyecto, lo que debía ocurrir a más tardar el 31 de agosto de 2014.

2.4. A pesar de que las condiciones para la transferencia de recursos al promotor del proyecto no se cumplieron en la fecha convenida, ni en la prórroga que se otorgó posteriormente, la sociedad fiduciaria omitió el deber de restituir a la actora los dineros que había aportado.

2.5. En el mes de mayo de 2017, Cine Colombia pidió a la fiduciaria un «reembolso parcial» de sus recursos, obteniendo un reintegro de \$750.000.000.

2.6. El 15 de junio de 2017, la actora suscribió un otrosí al encargo fiduciario individual celebrado con la demandada, con el propósito de fijar el día 30 de noviembre de esa anualidad como fecha para el cumplimiento de nuevas condiciones para el reinicio del proyecto, las cuales debían cumplirse antes de transferir los recursos al promotor

2.7. En la cláusula octava del citado otrosí, se estipuló que los recursos que seguían en poder de la fiduciaria (\$1.232.027.050) serían devueltos a Cine Colombia S.A. «siempre que Marcas Mall no lograra acreditar las condiciones en el periodo comprendido entre julio de 2017 y noviembre de 2017». En tal virtud, se pactaron verificaciones escalonadas de avances, así como restituciones parciales en caso de no cumplirse las metas periódicas fijadas, así:

Fecha de verificación del cumplimiento parcial	Valor a reembolsar en caso de incumplimiento	Fecha de exigibilidad del reembolso
31 de julio de 2017	\$250.000.000	2 de agosto de 2017
31 de agosto de 2017	\$250.000.000	4 de septiembre de 2017

31 (sic) de septiembre de 2017	\$250.000.000	3 de octubre de 2017
31 de octubre de 2017	\$250.000.000	2 de noviembre de 2017
30 de noviembre de 2017	\$232.027.050	4 de diciembre de 2017

2.8. Con respecto a la última cuota, se pactó que si para el 30 de noviembre de 2017 no se habían verificado las condiciones de reinicio –que a su vez permitirían transferir los recursos al promotor–, Cine Colombia sería informada de tal situación, a fin de que optara entre continuar aguardando la finalización del proyecto, o recibir la totalidad de los recursos invertidos a más tardar el día 4 de diciembre de 2017.

2.9. En las calendas indicadas la fiduciaria no dejó constancia de haber verificado los avances del plan de reinicio, ni devolvió los recursos en los términos pactados en el otrosí. Por consiguiente, el 16 de febrero de 2018 Cine Colombia S.A.S. solicitó el reembolso de la totalidad de sus recursos, junto con los rendimientos e intereses moratorios causados, sin que a la fecha de presentación de la demanda la convocada hubiera honrado su obligación.

3. Actuación procesal.

3.1. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. compareció oportunamente al proceso y formuló las excepciones denominadas «*falta de legitimación en la causa por activa*»; «*Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable*» y «*falta de legitimación en la causa por pasiva*».

3.2. La demandada llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. para que, en el evento de una condena, se le ordenara el reembolso con cargo a la póliza de responsabilidad civil profesional n.º 1000099.

3.3. Enterada de su vinculación, la aseguradora excepcionó, respecto de la pasiva, la inexistencia de responsabilidad civil de la fiduciaria y la falta de legitimación en la causa por pasiva.

En cuanto a la relación aseguraticia que motivó el llamamiento, alegó la ausencia de cobertura, advirtiendo que *«si, en el transcurso de este proceso, o de otro que tenga origen en los mismos hechos o hechos similares que involucre a la aseguradora, se llegasen a acreditar algunos de que (sic) los presuntos actos profesionales incorrectos que se le imputan a la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. tuvieron su origen o fuente en alguno de los supuestos antes indicados [conductas delictivas, deshonestas, etc.; violación a la ley o fraude], debe tenerse en cuenta que la presente póliza, bajo ninguna circunstancia, podrá ser afectada»*.

3.4. El 24 de septiembre de 2020, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia declaró que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. había incumplido sus obligaciones, por lo que le ordenó pagar a Cine Colombia S.A.S. los dineros que se había obligado a restituir en el otrosí, junto con los réditos de mora causados. Asimismo, reconoció la exclusión de cobertura invocada por la llamada en garantía.

3.5. La demandada interpuso recurso de apelación, que fue concedido ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 28 de marzo de 2022, el *ad quem* revocó el ordinal cuarto de la sentencia apelada. Declaró no probadas las excepciones que propuso SBS Seguros de Colombia S.A. y la condenó a cubrir las condenas impuestas a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., hasta concurrencia de la suma asegurada en la póliza de responsabilidad civil profesional contratada. Confirmó en lo demás, con los siguientes fundamentos:

(i) El debate se suscitó en torno al incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del encargo fiduciario individual n.º 1100010251, en cuya última modificación –el otrosí n.º 1 de 15 de junio de 2017– se estableció que *«cada una de las obligaciones de desembolso o liberación de recursos a favor del inversionista figuran expresamente a cargo de la “fiduciaria”, sin ninguna referencia a que ésta actúe como vocera del patrimonio autónomo MR-799 Marcas Mall»*. Por tanto, no es posible sostener que los dineros aportados habían sido transferidos a la promotora del proyecto.

(ii) Es asunto pacífico que la suma de \$1.232.027.050 corresponde al total de las cuotas que debían reintegrársele a la actora en caso de que no se verificara, como no se verificó, el cumplimiento progresivo de los compromisos

asumidos por la promotora del proyecto inmobiliario. Sin embargo, el reembolso no se materializó, «*so pretexto de que no contaba con los recursos para tal fin, toda vez que según su propio dicho (...) esos recursos habían sido transferidos a los promotores mediante acta de 4 de noviembre de 2014, por haberse verificado las condiciones del punto de equilibrio del proyecto*».

(iii) La demandada se encuentra legitimada en la causa, pues es a ella a quien se le reprocha el incumplimiento de sus obligaciones. Lo que se reclama es la devolución del dinero que debía tener bajo su custodia y administración con base en el encargo fiduciario individual y su respectivo otrosí; no se está debatiendo –como en otros casos relativos al “Centro Comercial Marcas Mall”– nada relacionado con el fracaso del proyecto, o la incidencia de la conducta de la fiduciaria en las pérdidas que sufrieron los inversionistas.

(iv) En consecuencia, caen en el vacío los alegatos de la fiduciaria relacionados con que «*son otros los que deben responder*», o que no hay perjuicio, en tanto los dineros están en el patrimonio autónomo. Es el encargo individual y su otrosí la fuente de la obligación incumplida, consistente en restituir los recursos invertidos por Cine Colombia S.A.S. en cinco cuotas, con fechas ciertas.

(v) En punto del alegado enriquecimiento sin causa de la actora, derivado de la posibilidad de recuperación de recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo, no puede confundirse el contrato de encargo fiduciario individual que aquí se discute con el de fiducia mercantil suscrito entre la fiduciaria y el promotor del proyecto

inmobiliario, pues son independientes; de hecho, el encargo individual *«fue precisamente una especie de garantía o precaución para evitar la adhesión incondicional del actor al patrimonio gestor del proyecto inmobiliario»*.

(vi) Finalmente, los argumentos del *a quo* sobre otro tipo de deberes incumplidos por la fiduciaria, como la verificación del punto de equilibrio, el deber de información, de asesoría, entre otros, *«ni quitan ni ponen ley»*, porque el incumplimiento del encargo fiduciario y su otrosí *«se concretó con el solo texto de esos negocios»*, lo cual basta para franquear el paso a las pretensiones indemnizatorias.

(vii) En lo concerniente a las inconformidades respecto del llamamiento en garantía, le asiste razón a la demandada en cuanto a la ineficacia de la exclusión, debido a que no se encuentra en la primera página de la póliza, ni en caracteres destacados, sino que aparece en el folio sexto de las condiciones generales, en un documento distinto de la póliza, en desconocimiento de los preceptos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184-2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

(viii) En todo caso, si en gracia de discusión no se aceptara la ineficacia de la exclusión, no se habría acreditado su configuración, porque: *«(i) la conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulento, malicioso o intencional del asegurado, o por cualquier violación de una ley, que justificaría la exclusión, se condiciona a que sea así calificada mediante sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado dictado por autoridad competente, como tiene que ser, por cierto, en un Estado de Derecho, prueba que no fue aportada al proceso, y (ii) tampoco fue admitida en ese sentido por la demandante»*.

DEMANDA DE CASACIÓN

Acción Sociedad Fiduciaria S.A. interpuso el recurso de casación. Al sustentarlo, formuló tres cargos, al amparo de las causales primera, segunda y quinta del artículo 336 del Código General del Proceso.

CARGO PRIMERO

Con apoyo en la causal quinta de casación, la recurrente acusó al fallo del *ad quem* de haber sido dictado en un juicio viciado de nulidad, al haberse obviado la citación de la Promotora Marcas Mall S.A.S.

En desarrollo de esta censura, adujo que *«para verificar el cumplimiento del presupuesto procesal de la debida integración del contradictorio, no basta con comprobar que la demandada sea la persona llamada a soportar las pretensiones perfiladas en el libelo introductorio, ya que esto implicaría que siempre dependerá del demandado determinar a quién vincula al proceso»*. A ello agregó que *«la labor del juez necesariamente debe extenderse más allá de ese mero análisis formal y determinar si, legalmente y con apoyo en las pruebas, es la demandada quién debió haber sido vinculada o si hay otras personas que necesariamente deben hacer parte del proceso»*.

A renglón seguido, insistió en que *«si bien es cierto que en este caso Cine Colombia está demandando el supuesto incumplimiento de obligaciones propias de Acción Fiduciaria, también es cierto que no es la fiduciaria quien debe ser llamada a responder»; por consiguiente, «el juez debió vincular a los promotores del proyecto no solo porque existe una evidente coligación contractual en el caso que aquí nos convoca, sino*

porque fueron estos los que originaron el incumplimiento que erróneamente se atribuye a la entidad Demandada».

Como colofón, señaló que *«no cabe duda de que con la Promotora existió una vinculación sustancial con relación al fundamento que sirvió de sustentáculo a los reclamos y solicitudes que pretendió Cine Colombia con su demanda. De tal forma, se tiene que, en realidad fue la actuación de la Promotora la que fundamentó y dio origen a la génesis de la presente litis, motivo por el cual su vinculación procesal se configura como un requisito de inexcusable cumplimiento en aras de poder emitir un pronunciamiento de mérito en el presente proceso».*

CARGO SEGUNDO

Con soporte en la causal primera de casación, la fiduciaria denunció que el fallo de segunda instancia infringió los *«artículos 831 y 1233 del Código de Comercio, 1602 y 1608 del Código Civil, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, así como el principio general de la prohibición del enriquecimiento sin causa».*

En sustento de esa crítica, adujo que el Tribunal había basado su decisión en el incumplimiento del encargo fiduciario individual, según las modificaciones introducidas en el otrosí n.º 1, dejando de lado el análisis de otros deberes legales de la fiduciaria. Igualmente, sostuvo que si el *ad quem* hubiera tenido en cuenta la separación patrimonial entre los bienes fideicomitidos y el restante activo de la fiduciaria, habría descartado su responsabilidad, ya que el mencionado otrosí n.º 1 fue suscrito por Álvaro José Salazar en su calidad de representante del Fideicomiso MR-799 Marcas Mall, y no como representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

También precisó que la vinculación del Fideicomiso MR-799 como patrimonio autónomo no puede conllevar la responsabilidad de la fiduciaria, pues ello desconocería la referida separación patrimonial. No sería viable, por tanto, endilgarle responsabilidad a la recurrente por incumplir un acuerdo del que no participó y que, por lo mismo, no le era oponible. Terminó diciendo que, de mantenerse el fallo confutado, se materializaría un enriquecimiento sin justa causa en beneficio de la demandante.

CARGO TERCERO

Por la senda del segundo motivo de casación, se dolió la demandada de la transgresión indirecta de las normas citadas *supra*, con ocasión de varios errores de hecho manifiestos y trascendentes en la apreciación de los medios de convicción, puntualmente, del otrosí n.º 1 de 15 de junio de 2017; y el contrato de encargo propiamente dicho, suscrito el 11 de abril de 2014.

Expuso, en apoyo de su censura, que de haberse apreciado debidamente los documentos señalados, se habría concluido que el representante legal de la fiduciaria no participó a nombre suyo en ninguno de los negocios jurídicos que allí se instrumentaron, sino que lo hizo por cuenta del patrimonio autónomo del que era vocero, y que surgió del encargo fiduciario «*Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall*».

Agregó que le era imposible responsabilizarse por los recursos entregados por Cine Colombia S.A.S., como quiera

que esos dineros, «*lustros atrás, habrían sido transferidos a la Promotora*»; por ende, no tenía ningún sentido que se comprometiera a reembolsarlos a través de un otrosí.

CONSIDERACIONES

1. Selección negativa del cargo primero.

1.1. Naturaleza de las facultades officiosas de la Corte, como tribunal de casación.

1.1.1. El recurso de casación no ha sido instituido como una nueva oportunidad para debatir asuntos que fueron definidos en las instancias, sino que constituye un verdadero remedio extraordinario, de naturaleza dispositiva y formal, cuyo propósito consiste en «*defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida*».

La condición excepcional del remedio en cita puede advertirse, por ejemplo, en la restricción de su procedencia: la casación está limitada a ciertas decisiones judiciales (sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, en procesos declarativos, acciones de grupo que competan a la jurisdicción ordinaria y liquidación de condenas impuestas en abstracto), y de marcada trascendencia, tanto económica (resoluciones desfavorables

que superen 1000 SMLMV), como social (estado civil de las personas, o derechos colectivos).

Además, el ataque contra el fallo de segundo grado debe restringirse a las causales predeterminadas por el legislador (violación de la ley sustancial, incongruencia, trasgresión de la prohibición de *reformatio in pejus* y haberse dictado el fallo en juicio viciado de nulidad), y ha de atender, también, exigentes pautas formales –o de técnica– que, con detalle, establece la codificación procesal y la jurisprudencia, a partir de las notas características del recurso.

1.1.2. En vigencia del Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia de esta Sala daba cuenta del carácter esencialmente dispositivo que el legislador asignó al remedio de casación. A modo de ilustración, en CSJ SC, 23 mar. 2000, rad. 5259, se explicó:

«(...) Los poderes –o facultades– judiciales asignados a la Corte, en modo alguno, se estima que son amplios, extendidos o ilimitados –como con cierta frecuencia se cree, probablemente porque se equipara o asocia la misión conferida al juzgador de instancia con la de esta Corporación–, toda vez que son restrictos, esto es acotados por la ley, al mismo tiempo que por el recurrente en su recurso. No en vano la actividad ‘ex officio’ de esta Corporación, en lo que se refiere a la demanda interpuesta, es harto restringida, habida cuenta de que le impide auscultar “(...) defectos de la sentencia que no hayan sido denunciados formalmente por el recurrente y decidir la invalidación del fallo por errores no invocados en la demanda de casación” (G.J., t. LXXXI, p.426).

En otros términos, no le es permitido a la Corte, sin resquebrajar caros axiomas que estereotipan el recurso en comento, suplir o incluso complementar la tarea impugnativa asignada al

recurrente, en atención a que -en línea de principio- debe circunscribirse a la demanda respectiva, la cual se erige en carta de navegación para todo Tribunal de casación, con prescindencia de si fue formulada debidamente, ya que ésta no es, no podría ser de ninguna manera, responsabilidad del juez, menos del de casación, muy ajeno al juzgamiento de instancia. Este tipo de falencias resulta, pues, enfatiza la Corte, un óbice insalvable que le impide entrar a definir sobre el fondo de la acusación pues le está vedado recrear el cargo o enmendar por su cuenta los defectos que éste contiene.

Al fin y al cabo en esta materia, por contraposición a lo que tiene lugar en punto al recurso ordinario de apelación, la Corte sólo puede transitar por el sendero que precedentemente le ha indicado el censor, al punto que su movilidad está ligada, indisolublemente, a lo consignado en el correspondiente libelo, por más que evidencie, ‘motu proprio’, errores o dislates -aún mayúsculos- en la sentencia de segundo grado, los que no puede enmendar oficiosa o libremente, como se acotó, so pena de desnaturalizar, ‘in radice’, este singular recurso, no sin razón tildado de extraordinario, con todo de lo que de ello fluye. He ahí esbozada la trascendencia -real y no retórica- de formular una demanda con sujeción a las reglas técnicas que lo informan, pues como lo tiene establecido esta Corporación, el ataque o confrontación de la sentencia de segunda instancia -considerada como ‘thema decissum’- “(...) no se lleva a cabo más que dentro del ámbito que delimite el propio impugnador de la decisión, porque pensando de otra manera, es decir, suponiendo que ella pudiere ejecutarse merced al propio impulso o iniciativa del juez de casación, se borrarían las fronteras con la apelación pues en ésta, como es sabido, la investigación de la norma llamada a servirle de medida al caso, es del resorte o de la incumbencia del juzgador” (G.J. t. XXIII, p.269)».

El ordenamiento jurídico, entonces, atribuía a la casación un particular rigor formal, que impedía a la Corte intervenir autónomamente en los casos sometidos a su escrutinio, incluso si evidenciaba potenciales situaciones injustas. Ello dio lugar a fuertes tensiones entre las formalidades propias del remedio extraordinario y el rol cada vez más proactivo que han asumido las autoridades

jurisdiccionales con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991.

1.1.3. El proceso de constitucionalización del derecho procesal, y el entendimiento contemporáneo de la relación entre derechos sustanciales y formas judiciales, llevó a que el legislador reinterpretara la función de las Cortes de Casación, permitiéndoles liberarse, en casos excepcionales, de los estrictos contornos de las causales propuestas por el impugnante, buscando así materializar los fines del recurso de casación y los propósitos de la función jurisdiccional misma en un Estado Social de Derecho.

Por esa vía, el legislador facultó a la Corte para «seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento», en los términos del artículo 7 de la Ley 1285 de 2009, reformatorio del canon 16 de la Ley 270 de 1996. Y más recientemente, con la expedición del Código General del Proceso, consagró una prerrogativa adicional, consistente en «casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales» (artículo 336).

En punto de esas potestades, enseña el precedente:

«Según el texto –reformado– de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las distintas Salas de esta Corporación pueden elegir “las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos”, habilitación genérica que permite (i) abstenerse de tramitar demandas de casación, aunque satisfagan las exigencias formales del remedio

(selección negativa¹); y (ii) examinar de fondo ciertos asuntos, a pesar de que los alegatos del impugnante no sean técnicamente admisibles (selección positiva²).

En lo que tiene que ver con la casación oficiosa, basta reseñar que esta resulta procedente cuando se evidencie que el fallo de segunda instancia “compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales”, lo que se traduce en que, tras verificar alguno de esos excepcionales eventos enlistados por el legislador, la Corte puede separarse de los estrictos linderos que impone el carácter dispositivo del recurso³, con el fin de enmendar yerros de la magnitud de los anunciados, sirviéndose de razones diferentes a las esgrimidas por el recurrente extraordinario en su escrito de sustentación» (CSJ SC963-2022).

1.1.4. **La facultad de selección negativa.**

Acorde con el artículo 347 del Código General del Proceso,

*«[l]a Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos: 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 trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente».*

¹ En lo concerniente con la *selección negativa*, el artículo 347 del Código General del Proceso reafirmó que «[l]a Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos: 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 trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente».

² Cfr. CSJ AC1226-2018, 3 abr., entre otras.

³ La legislación actual mantuvo la naturaleza dispositiva de la casación, al recalcar que «[l]a Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el *demandante*» (artículo 336, Código General del Proceso).

Esta Corporación ha hecho uso de la facultad de inadmisión consagrada en el canon 347 *ib.* en varios pronunciamientos⁴, en los cuales ha inadmitido censuras en casación que, siendo idóneas formalmente, carecían a todas luces de vocación de prosperidad, bien sea porque incluían en su estructura premisas incompatibles con la jurisprudencia consolidada (a menos que se justificara variar el precedente); o porque no cumplían las condiciones jurídicas –procesales o sustanciales– para la prosperidad del alegato.

Por más que un cuestionamiento planteado ante la Corte reúna a cabalidad los requisitos de técnica de casación, es fútil tramitar el recurso hasta la fase de sentencia solo para terminar reiterando allí una postura uniforme de la Sala, o para explicitar la carencia de un presupuesto jurídico, que era evidente desde la primera aproximación al caso. De ahí que se considere a la *selección negativa* como una herramienta orientada a la eficiencia, «*que permite ejercer en mejor forma la tarea esencial de la Corte, consistente en unificar la jurisprudencia*» (CSJ AC2210-2020 14 sep.).

1.2. El régimen de las nulidades.

1.2.1. El derecho fundamental al debido proceso, entendido como «*el conjunto de garantías (...) a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y*

⁴ Cfr. AC1324-2018, 6 abr, AC5140-2018, 4 dic., AC5613-2018, 11 ene., AC5140-2019, 3 dic., AC2210-2020, 14 sep., entre otras.

se logre la aplicación correcta de la justicia» (CC, C-341 de 2014), es condición de validez de las actuaciones judiciales. De ahí que la Constitución Política proclame la observancia de las formas propias de cada juicio (artículo 29), y que el legislador disponga que *«las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento»* (artículo 4CGP).

El respeto por el procedimiento permite asegurar que la sentencia definitiva venga precedida de oportunidades para exponer argumentos, presentar y controvertir pruebas, elevar solicitudes y discutir las decisiones adoptadas por el funcionario que tramita la causa, entre otras exigencias que permiten reconocer a un juicio como *justo*. El respeto por las pautas procesales, pues, no debe entenderse como un culto vano al formalismo, sino como la garantía de realización de un derecho fundamental, que limita el poder del Estado y evita la arbitrariedad, a la par que legitima ante la sociedad el ejercicio de la potestad pública de administrar justicia.

Para garantizar que los juicios se tramiten con observancia del procedimiento, el legislador previó diversos remedios, siendo el más importante la denominada anulabilidad procesal. Esta medida permite excluir del orden jurídico aquellas actuaciones que presentan defectos e irregularidades significativas que lesionan prerrogativas constitucionales para, en su lugar, incorporar las garantías superiores. Se trata de una vía excepcional –dado sus drásticos efectos en el devenir del trámite–, que aplica solamente en los casos taxativamente enumerados por el

legislador, en reconocimiento de su trascendencia de cara a los requerimientos del debido proceso.

1.2.2. La cabal comprensión del régimen de la anulabilidad procesal impone reparar en sus principios rectores, a saber:

(i) *Especificidad*, conforme al cual solo tienen la calidad de causas o motivos de anulabilidad las circunstancias consagradas como tales en la Constitución o en la ley. Las demás irregularidades del proceso –que puede haberlas, pues se trata de una empresa humana–, no son susceptibles de corrección por esta senda, sino mediante el uso de remedios procesales distintos (*v. gr.*, la interposición de recursos ordinarios).

(ii) *Trascendencia*, el cual pretende evitar el simple culto a la forma, limitando la posibilidad de anular actuaciones que, pese a ser *informales*, no menoscaban la garantía constitucional al debido proceso. Recuérdese que la sanción de nulidad responde a las desviaciones graves del procedimiento, que atenten contra lo esencial de la forma, no lo meramente adjetivo, sin capacidad de provocar una lesión efectiva al aludido derecho fundamental.

(iii) *Protección*, que enseña que la finalidad de las causales de anulación es la vigencia de las garantías procesales. Esa protección puede ser de carácter general o especial, dependiendo de si se dirige a preservar las garantías de todos los contendientes, o de una persona en particular;

en el primer caso, la nulidad puede declararse incluso de oficio, mientras que en el segundo, se requiere la alegación del sujeto afectado por la irregularidad.

(iv) Convalidación, en virtud del cual las causas de anulabilidad, salvo disposición legal en contrario, son saneables; por tanto, si el agraviado no eleva oportunamente su solicitud incidental, o si se cumplen los fines del acto adjetivo sin menoscabo del derecho de defensa, el vicio ha de entenderse superado, restringiendo aún más la viabilidad de dejar sin efectos parte de la actuación

1.2.3. Amén de la indispensable verificación de los principios orientadores referidos, cuando se trata de invocar un motivo de anulabilidad en sede de casación, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

«(...) la procedencia de la causal 5ª de casación, por haberse incurrido en alguno de los vicios invalidantes consagrados en el [artículo 133 del Código General del Proceso], supone las siguientes condiciones: a) que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente; b) que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo [133]; y por último, c) que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer» (CSJ SC, 5 dic. 2008, rad. 1999-02197-01; reiterada en CSJ SC 20 ago. 2013, rad. 2003-00716-01 y CSJ SC10302-2017, 18 jul.)

Adicionalmente, debe considerarse que la prosperidad del quinto motivo de casación se encuentra subordinada a la acreditación de la existencia de una afectación, consecuencial al vicio procesal, sufrida por el impugnante extraordinario, pues es ese agravio el que lo legitima para solicitar la anulación del trámite. Con relación a este punto, la doctrina especializada sostiene que,

«(...) como el legislador no consagró las nulidades procesales por mero prurito formalista, sino con el fin de proteger los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad, [se] ha sostenido que en casación la nulidad no puede invocarse indistintamente por cualquiera de las partes, sino tan solo por el litigante que tenga interés en su declaración»⁵.

La normativa instrumental, entonces, reclama de quien alega una nulidad la prueba de su interés para hacerlo, traducido en *«la utilidad o el perjuicio jurídico, moral o económico que (...) puedan representar las peticiones incoadas (...) y la consiguiente decisión que sobre ellas se adopte»⁶*. De ahí que, en casos similares al que ahora ocupa la atención de la Corte, se haya considerado que

*«(...) **no es suficiente que el asunto padezca de por lo menos una anomalía capaz de estructurar alguno de los motivos de anulación, sino que es indispensable que “quien haga el planteamiento se halle debidamente legitimado al efecto; ello en razón de que prevalido de dicha causal puede concurrir únicamente aquella parte a quien de manera trascendental el vicio le produzca daño, le cause un perjuicio tal, al punto que legalmente le afecte o pueda afectarle sus derechos correlativos, como así ciertamente surge de los artículos 142 y 143 del Código de Procedimiento Civil, pues ‘si se tiene en cuenta el principio de la trascendencia, se puede sentar como regla general la de que **está*****

⁵ MURCIA, Humberto. *Recurso de Casación Civil*. Ed. Ibáñez, Bogotá. 1996, p. 549.

⁶ DEVIS, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil. Tomo III*. Ed. Temis, Bogotá. 1961, p. 447.

legitimado para alegar una nulidad procesal quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos' (G.J., t. CLXXX, pág. 193)" (Sent. 035, abr. 12/2004, exp. 7077).

Dentro del escenario acabado de reseñar, por averiguado se tiene que la nulidad amparada en el numeral 9º del artículo 140 *ibidem* –“cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes”⁷, **solo podrá ser reclamada por los sujetos de derecho indebidamente notificados o emplazados**, o sea, como lo dice el artículo 143 *eiusdem*, “solo podrá alegarse por la persona afectada”, ya que, cual lo tiene sentado la doctrina de la Sala, en lo atañadero a la mencionada causal “si bien es cierto que no puede ser puesta en conocimiento para que los indebidamente citados la convaliden, lo que la convierte virtualmente en insubsanable, no lo es menos que **ello no significa que cualquiera de las partes resulte habilitada para alegarla**, puesto que en el punto se mantiene inquebrantable la exigencia conforme a la cual **solo puede proponerla quien se encuentre legitimado para ello, es decir, aquel que no hubiere sido citado al proceso**, sin perjuicio de que el juez de instancia la decrete dentro de las oportunidades que para ello le otorga la ley” (sent., abr. 28/95, reiterada, entre otras, en sent., feb. 22/2000).

Lo expuesto en precedencia lleva a afirmar que **la parte a quien la anomalía no le irroque perjuicio, carece, por tanto, de legitimación para plantearla**, pues las nulidades por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, “no pueden ser invocadas eficazmente sino por la parte mal representada, notificada o emplazada, por ser ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios” (G.J., t. CCXXXIV, pág. 180).

Con arreglo a la añosa doctrina jurisprudencial de la Corte es palmario, por consiguiente, que la particularizada declaración de nulidad no puede solicitarla un sujeto procesal diferente al indebidamente representado **o a quien no se le ha hecho la notificación en legal forma**, puesto que el código, al reglamentar el interés para promoverla, de manera perentoria dispone que la originada en la indebida representación o falta de notificación o emplazamiento como lo contempla la ley, solo podrá ser invocada por la persona lesionada, o sea, **aquella que de**

⁷ Premisa que corresponde a la causal de nulidad que –tácitamente– alegó la señora Villota Paredes.

manera directa resulte afectada por una cualquiera de esas anomalías, desde luego que comprometen en forma grave el derecho de defensa; para reiterarlo con palabras de la Sala “solo el perjudicado con la actuación anómala se encuentra legitimado para alegar la nulidad” (G.J., t. CCXXXIV, pág. 619)» (CSJ SC, 3 sep. 2010, rad. 2006-00429-01).

1.3. Caso concreto: Selección negativa del cargo primero.

En el cuestionamiento que se examina, la fiduciaria denunció la configuración del octavo motivo de anulabilidad, pues no se notificó el auto admisorio de la demanda a «*los promotores del proyecto*», a pesar de que debieron ser citados al proceso en condición de litisconsortes necesarios, dado que «*fueron realmente quienes ocasionaron el daño*». Sin embargo, no es cierto que existiera dicho litisconsorcio necesario, y por lo mismo, no era forzosa la citación de otras personas a este juicio, como se dejó sentado en las decisiones ejecutoriadas que sobre el punto adoptaron los jueces de instancia. Además, de suponer el vicio alegado, la fiduciaria no estaría legitimada para invocarlo.

1.3.1. Lo primero que cabe señalar, es que el caso que ocupa la atención de la Corte está relacionado con la vinculación de inversionistas al proyecto inmobiliario “Marcas Mall” de la ciudad de Cali⁸, pero tiene la particularidad de que lo que se demanda ahora es el cumplimiento de una obligación de reembolso, que asumió la fiduciaria directamente con Cine Colombia S.A.S. a través del

⁸ La estructura del proyecto “Marcas Mall” y de los distintos contratos que vincularon a las partes fue analizada a profundidad en las sentencias de casación SC2879-2022, SC098-2023 y SC107-2023.

«otrosí n.º 1» al contrato de encargo fiduciario individual n.º 1100010251.

Ciertamente, el 15 de junio de 2017 las partes del litigio suscribieron el referido otrosí, pactando que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. haría la devolución de los dineros entregados por la demandante si no se cumplían sucesivas condiciones de reinicio del proyecto inmobiliario “Marcas Mall”⁹ en fechas predeterminadas. Es evidente que las condiciones dependían de la conducta de los promotores del proyecto, pero no así la obligación de reembolso, que asumió exclusivamente la recurrente extraordinaria.

Ello queda evidenciado en el anexo del pluricitado otrosí, en el que se dejó sentado lo siguiente:

*«En todo caso, las sumas depositadas a la fecha de suscripción del presente Otrosí No. 1, por el INVERSIONISTA en el Encargo Fiduciario **serán liberadas a favor del INVERSIONISTA en caso de acaecer los supuestos que a continuación se relacionan**, de la siguiente manera:*

- 1. Si al 31 de julio de 2017 **no se han verificado y cumplido** todas las condiciones indicadas en la Cláusula Primera (Objeto) de la Vinculación al Encargo, **la Fiduciaria desembolsará a favor del INVERSIONISTA la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE MESOS M/CTE (250.000.000) a más tardar el 2 de agosto de 2017.***
- 2. Si al 31 de agosto de 2017 **no se han verificado y cumplido** todas las condiciones indicadas en la Cláusula Primera (Objeto) de la Vinculación al Encargo, **la Fiduciaria desembolsará a favor del INVERSIONISTA la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE MESOS M/CTE (250.000.000) a más tardar el 4 de septiembre de 2017.***

⁹ Firma de otrosíes a todas las promesas de compraventa, aprobación de crédito constructor, conformación de fondo inmobiliario, suscripción de contratos de arrendamiento y licencia de construcción.

3. Si al 30 de septiembre de 2017 **no se han verificado y cumplido** todas las condiciones indicadas en la Cláusula Primera (Objeto) de la Vinculación al Encargo, **la Fiduciaria desembolsará** a favor del INVERSIONISTA la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE MESOS M/CTE (250.000.000) a más tardar el 3 de octubre de 2017.
4. Si al 31 de octubre de 2017 **no se han verificado y cumplido** todas las condiciones indicadas en la Cláusula Primera (Objeto) de la Vinculación al Encargo, **la Fiduciaria desembolsará** a favor del INVERSIONISTA la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE MESOS M/CTE (250.000.000) a más tardar el 2 de noviembre de 2017.
5. Si al 30 de noviembre de 2017 **no se han verificado y cumplido todas las condiciones** indicadas en la Cláusula Primera (Objeto) de la Vinculación al Encargo, la Promitente Vendedora le informará a la Promitente Compradora el estado de avance de cumplimiento y verificación de dichas condiciones, para que la Promitente Compradora le informe a la Promitente Vendedora si:
 - (i) El Contrato continuará vigente, en cuyo caso, los recursos que permanezcan en el Encargo Fiduciario, se mantendrán en el mismo y no serán retornados a la Promitente Compradora, hasta tanto se verifique que dichas condiciones no se cumplirán; o
 - (ii) La **Fiduciaria desembolsará** a favor de la Promitente Compradora la suma de DOSCIENTOS treinta y dos MILLONES VEINTISIETE MIL CINCUENTA PESOS M/CTE (232.027.050), más todos los rendimientos causados sobre todas las sumas depositadas por la Promitente Compradora, a más tardar el 4 de diciembre de 2017» (Resaltado propio).

En tal virtud, la realidad del contrato sobre el que gravita la controversia indica con claridad que la fiduciaria asumió voluntariamente, y de mutuo acuerdo con su contraparte, el deber de restituirle a esta los dineros que había invertido en el proyecto “Marcas Mall”, si es que persistía, como persistió, el retraso en su estructuración jurídica y financiera. Por tanto, si lo que se discute es el incumplimiento de esa obligación de reembolso a cargo de la

fiduciaria, nada parece sugerir la imperatividad de citar al juicio a otras personas distintas a ella.

En consecuencia, halla la Sala que los hechos relatados por el censor no se ajustan a la realidad del expediente, puesto que la controversia no versa sobre una relación sustancial única e indivisible, que solo pueda ser resuelta con la comparecencia de Urbo Colombia S.A.S. o Marcas Mall Cali S.A.S. Desde la demanda se limitaron las pretensiones y, por ende, el objeto del litigio, a la inobservancia de unas prestaciones de reembolso, que están a cargo de la fiduciaria, exclusivamente.

1.3.2. De otra parte, se advierte que, tal como sucedió en los asuntos que se resolvieron mediante sentencias SC2879-2022 y SC107-2023, las alegaciones invocadas por la causal quinta de casación fueron ventiladas por la fiduciaria durante las instancias ordinarias, donde el asunto se discutió a espacio, y fue resuelto en el mismo sentido indicado previamente, es decir, descartando la existencia de un litisconsorcio necesario que hiciera imperativa la vinculación de «*los promotores del proyecto*» a este proceso declarativo.

Nótese que la indebida integración del contradictorio fue planteada por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a través del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda¹⁰; luego, reiteró su argumento mediante excepción

¹⁰ Derivado 16.

de mérito propuesta en la contestación del libelo introductor¹¹, y lo expuso profusamente en los alegatos de conclusión¹²; también como motivo de inconformidad en la apelación de la sentencia de primer grado¹³. En todos los casos, recibió una respuesta negativa.

Lo anterior demuestra que la censura configura un improcedente replanteamiento de una controversia que atañe a la validez de la actuación, pero que fue discutida y definida en las instancias ordinarias, mediante una providencia ejecutoriada (Cfr. CSJ SC3712-2021¹⁴).

1.3.3. Las consideraciones expuestas permiten colegir la inexistencia del vicio procesal aludido, descartando así la comisión de un yerro *in procedendo* que supusiera la trasgresión del ordenamiento. Con todo, conviene añadir que si ese yerro existiera, no generaría ningún detrimento para la recurrente, quien fue debidamente vinculada al trámite y contó con todas las oportunidades y garantías procesales para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

La jurisprudencia de la Sala (*v. gr.*, la sentencia CSJ SC820-2020) ha sido insistente en señalar que quien denuncia un yerro como constitutivo de nulidad (para, por esa vía, apuntalar un cargo por la causal quinta de casación)

¹¹ Derivado 38.

¹² Audiencia de 24 de septiembre de 2020.

¹³ Documento No. 15 del Cuaderno de Segunda Instancia.

¹⁴ En esa oportunidad, explicó la Corte: «La alegación del vicio en relación con la sentencia del a quo recibió respuesta oportuna por parte del Tribunal, toda vez que fue desestimada por la magistrada ponente y, ante la súplica respectiva, por los restantes integrantes de la Sala; **por ende, lo allí decidido constituye cosa juzgada, en tanto resolvió sobre un asunto saneable, deviniendo inmodificable ahora**».

debe ser también quien sufrió la afectación al debido proceso derivada de la incorrección señalada. Recuérdese que, a voces del artículo 135 CGP (que da cuenta del principio de *protección* aludido supra), «*la nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada*».

En ese sentido, la convocada carece de interés y, por lo mismo, de legitimación, para intentar prevalerse de la nulidad que derivaría del hecho de no haberse citado a otra persona o personas al proceso, incluso si estas tuvieran la condición (que no tienen) de litisconsortes necesarios suyos. Quien, como sucede con la aquí recurrente, considere que debió ser convocado a juicio junto con otra persona, tiene vedada la senda de la nulidad, restándole el planteamiento de la excepción previa de falta de integración del contradictorio (artículo 100-9CGP), o la interposición de recursos, cuando aquella vía procesal no esté habilitada.

2. Deficiencias formales de los cargos segundo y tercero.

2.1. Análisis del cargo segundo.

2.1.1. Cuando el cargo se construye acusando la sentencia de transgredir en forma directa una norma sustancial, el censor debe demostrar que el ordenamiento jurídico imponía una solución de la controversia opuesta a la adoptada en la providencia impugnada, sin alterar la

representación de los hechos que se formó el Tribunal a partir del examen del material probatorio.

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

En este caso la casacionista incumplió el mandato de señalar una norma de carácter sustancial¹⁵ que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, hubiera resultado infringida por la actividad del tribunal, pues las denunciadas son disposiciones que consagran principios generales, o definen conceptos, pero no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas concretas. Ello impide que se abra paso la explicación sobre la forma en que los yerros denunciados habrían redundado en la trasgresión normativa por parte del *ad quem*, tornando inviable la labor de cotejo propia del control de legalidad de la sentencia impugnada.

¹⁵ Respecto al carácter no sustancial de las normas denunciadas, véase: **Art. 831 CCo**: SC4794-2021, 27 oct., AC2068-2022, 17 jun., AC4703-2022, 9 nov., AC741-2020, 4 mar., entre otros. **Art. 1602 CC**: CSJ SC de SC de 14 dic. 2011, exp. 2005-00533, AC7520-2017, 10 nov., AC1738-2019 13 may., AC280-2021, 8 feb., entre otros. **Art. 1608 CC**: SC 24 oct. 1975, GJ 2429, AC2117-2020, 7 sep., SC3978-2022, 14 dic. SC098-2023, 16 may., entre otros. **Art. 8 Lev 153/1887**: AC2878-2022, 1º ago., AC2864-2022, 25 jul., SC042-2022, 7 feb., SC5662-2021, 15 dic., AC604-2020, 26 feb., entre otros. Respecto al artículo **1233 CCo**, debe decirse que se limita a consagrar el principio de separación y afectación de los bienes fideicomitidos y por ende no crea, modifica o extingue situaciones jurídicas concretas. Nótese que la norma no establece en cabeza de quién se impone el deber de mantener dicha separación ni cuáles son las consecuencias de su incumplimiento, motivo por el cual no puede considerarse como una norma de linaje sustancial.

2.1.2. De otro lado, la censora incurrió en inadmisibles mixturas, pues descendió a la base fáctica de la litis, al fundar su alegación en una afirmación que está en franca oposición con una conclusión probatoria del Tribunal, a saber, que el otrosí n.º 1 –del cual se derivó la infracción contractual endilgada a la fiduciaria– fue suscrito por la demandada a nombre propio, y no como representante del patrimonio autónomo Fideicomiso MR-799 Marcas Mall.

Debe relievase que, tanto el *a quo*, como el tribunal, coincidieron en la valoración probatoria del documento contentivo del otrosí n.º 1 de 15 de junio de 2017, en el sentido de que fue suscrito por la demandante y la fiduciaria, a nombre propio, con el objeto de establecer nuevas fechas de reembolso de los recursos invertidos por la primera, siendo claro que los débitos de reembolso fueron asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.S.

Véase que, al estudiar el referido convenio, el colegiado fue enfático al afirmar lo siguiente:

«(...) De cada una de las obligaciones de desembolso o liberación de recursos a favor del inversionista figuran expresamente a cargo de la “fiduciaria”, sin ninguna referencia a que ésta actúe como vocera del patrimonio autónomo MR-799 Marcas Mall, aunado a que todo el texto da a entender, de manera reiterada, que se trata de unos dineros que se encuentran en el encargo fiduciario, es decir, bajo custodia de la fiduciaria como mandataria del inversionista, y de ningún modo puede interpretarse que se aludía a recursos que ya habían sido transferidos al fideicomiso o que estaban en poder de los promotores del proyecto».

Así las cosas, la sentencia confutada parte del hecho de que tanto el encargo fiduciario individual como las modificaciones introducidas a través del otrosí n.º 1 fueron firmados por la demandada en su condición de sociedad fiduciaria, y que, del tenor literal de ese último convenio, se desprendía sin duda alguna que los dineros entregados por Cine Colombia S.A.S. estaban aún en manos de la fiduciaria, encargada de vigilar el avance del proyecto y hacer los desembolsos a los constructores, so pena de devolver los dineros invertidos (lo cual descarta que dichos recursos hicieran parte de algún patrimonio autónomo).

El ataque por la vía directa exigía a la casacionista aceptar esta conclusión probatoria sin discusión; y como no lo hizo, incumplió las exigencias formales del recurso extraordinario. Recuérdese que, sobre la causal primera de casación, ha sostenido la Sala:

«al acudir en casación invocando la violación directa de la ley sustancial, se debe partir de la aceptación íntegra de los hechos tenidos por probados en la sentencia, sin que se permita plantear inconformidad alguna relacionada con los medios de convicción recaudados, debiéndose limitar la formulación del ataque a establecer la existencia de falsos juicios sobre las normas sustanciales que gobiernan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea» (CSJ SC 24 abr. 2012, rad. n.º 2005-00078).

2.2. Análisis del cargo tercero.

2.2.1. En la tercera censura nuevamente se incumple el mandato de señalar al menos una norma de carácter sustancial que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, haya resultado infringida por el colegiado, situación que, como se explicó en el análisis del embate que antecede, comporta la inobservancia de los requisitos formales de admisión de la demanda de casación.

2.2.2. Amén de esa insalvable carencia, el cargo tiene otras deficiencias técnicas que lo hacen inadmisibile, pues plantea cuestiones de hecho que no fueron invocadas en las instancias, a saber, que el otrosí n.º 1 no puede vincular la responsabilidad de la fiduciaria, porque *«únicamente fue suscrito por el señor 32 Álvaro José Salazar en su vestidura de representante del Fideicomiso MR-799 Marcas Mall, y no de Acción Fiduciaria»*. Esta alegación es novedosa, pues dicha sociedad nunca sostuvo que lo acordado en el aludido otrosí le fuera inoponible.

Por el contrario, la defensa de la demandada siempre se fundamentó en que los recursos entregados por Cine Colombia S.A.S. fueron transferidos al promotor del proyecto en noviembre de 2014, debido al cumplimiento de las condiciones contractualmente pactada, de modo que cualquier vicisitud posterior era responsabilidad exclusiva de aquel. Respecto al otrosí, a lo largo del trámite adujo que no se realizó la devolución de recursos allí pactada porque el

promotor no puso a disposición los dineros, que, se insiste, se le habían transferido con anterioridad¹⁶.

En ese escenario, la novedosa postura de la demandada implica el planteamiento de hechos nuevos, inadmisibles en casación, pues comportan una vulneración al derecho de defensa de la contraparte, que resulta sorprendida con argumentos que no pudo combatir al interior del proceso. Incluso se torna desleal con la administración de justicia, pues los juzgadores no pudieron resolver dentro de las oportunidades correspondientes, las alegaciones que la censora enarbola únicamente en sede extraordinaria.

Sobre los hechos nuevos en casación, ha dicho la Sala:

«La sentencia del ad quem no puede enjuiciarse ‘sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas’ (Sent. 006 de 1999 Exp: 5111), al fin y al cabo, a manera de máxima, debe tenerse en cuenta que ‘lo que no se alega en instancia, no existe en casación’ (LXXXIII pág. 57)»

¹⁶ El reciente cambio de la estrategia de defensa de la convocada es más evidente aún si se tiene en cuenta que, en el interrogatorio de parte de su representante legal, reconoció la participación de la sociedad fiduciaria en el otrosí y que el señor Álvaro José Salazar lo suscribió en su calidad de gerente de la compañía. Al respecto son relevantes los siguientes apartes del interrogatorio de parte de la representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria, en audiencia de 21 de julio de 2020: minuto 20, al ser indagada sobre quién era el obligado a realizar el reembolso pactado en el otrosí, contestó: “*el documento suscrito tanto por los fideicomitentes urbanizar, marcas mall, como por la fiduciaria, y era obligación del fideicomitente poner a disposición los recursos, si no estuviesen en el fideicomiso, para poder proceder con su devolución de acuerdo a los términos que estaban ahí pactados en el otrosí*”. Minuto 44, al ser indagada sobre la calidad en que el señor Álvaro José Salazar firmó los contratos en cuestión, afirmó: “*él los suscribió en calidad de representante legal de la fiduciaria*”. Minuto 1:30, se pone de presente en la audiencia el documento contentivo del otrosí, el cual el juzgador identifica como un contrato “*suscrito por Acción Sociedad Fiduciaria*”, sin que la representante legal manifestara inconformidad alguna y, por el contrario, procede a explicar los antecedentes y razón de ser de la firma de dicho documento de modificación contractual, entre otras referencias.

(CSJ, SC del 21 de agosto de 2001, Rad. N.º 6108, reiterada en AC2067-2022, 17 jun.).

2.2.3. Al margen del novedoso planteamiento de la recurrente, debe decirse que la postura conforme a la cual el otrosí n.º 1 fue firmado por Álvaro José Salazar como representante legal del patrimonio autónomo, no de la fiduciaria, corresponde a lo sumo a una posibilidad de interpretación de la evidencia, que al no ser la única existente, resulta insuficiente para derruir la presunción de legalidad y acierto de la sentencia confutada.

En efecto, la casacionista argumentó que el otrosí no fue firmado por la fiduciaria pues, bajo la rúbrica del señor Álvaro José Salazar (a la sazón representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.S.), se consignó la frase «*Fideicomiso MR-799 Marcas Mall Acción Sociedad Fiduciaria*». Sin embargo, el tribunal notó que la rúbrica está precedida del anuncio de obrar a nombre de «*La Fiduciaria*», y también advirtió que en el encabezado se indicaron los intervinientes, sin referir que el señor Salazar obrara simplemente como vocero de algún patrimonio autónomo.

De esta manera, lo alegado por la censora constituye simplemente una propuesta de valoración alternativa de la prueba documental, que no deja en evidencia a la conclusión del colegiado como absurda o contraevidente. De hecho, revisado el documento en cuestión, encuentra la Sala que la modificación contenida en el otrosí se refiere al contrato de encargo individual n.º 11000010251, celebrado el 11 de abril

de 2014 entre Cine Colombia S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., y sigue la misma estructura de identificación de partes, proyecto, valores y otros elementos identificadores que el referido encargo individual; incluso, el mismo encabezado del otrosí identifica plenamente a la fiduciaria como parte contratante, y la cláusula en discusión establece en cabeza de esa entidad la obligación de reembolso de recursos.

En tal virtud, la conclusión del colegiado conforme a la cual *«de cada una de las obligaciones de desembolso o liberación de recursos a favor del inversionista figuran expresamente a cargo de la “fiduciaria”, sin ninguna referencia a que ésta actúe como vocera del patrimonio autónomo MR-799 Marcas Mall»*, resulta plausible, máxime cuando en el mes inmediatamente anterior a la suscripción del otrosí n.º 1, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. reembolsó a Cine Colombia S.A.S. la suma de \$750.000.000, regulando en ese convenio posterior la forma y plazo de reembolso del saldo de los dineros invertidos, en caso de que se mantuvieran las condiciones fallidas de reinicio del proyecto constructivo.

2.2.4. Por último, debe decirse que, aun si en gracia de discusión se aceptara que el otrosí No. 1 fue firmado por Álvaro José Salazar como representante legal del patrimonio autónomo, y no de la fiduciaria –lo cual, se insiste, no es cierto, de acuerdo con el contenido objetivo de la prueba–, el eventual yerro sería intrascendente, toda vez que la Corte, situada en sede de instancia, tendría que confirmar la declaratoria de responsabilidad de la fiduciaria, ya no por

incumplimiento del pluricitado otrosí, sino del encargo fiduciario individual.

Recuérdese que, al plantear esta censura, la fiduciaria afirma que era imposible para ella responder por los recursos entregados por Cine Colombia S.A.S., comoquiera que *«lustros atrás, habrían sido transferidos a la Promotora»*. Pero, tal como se comprobó al analizar lo ocurrido en esa data en los procesos que culminaron con las sentencias de casación SC2879-2022, SC098-2023 y SC107-2023, esa transferencia de dineros comportó un grave incumplimiento de los deberes legales y contractuales de la demandada, pues se hizo sin que se hubieran cumplido las condiciones pactadas para efectuar dicho desembolso.

No puede perderse de vista que, en este asunto, la fiduciaria ha sostenido que no reembolsó los recursos a Cine Colombia S.A.S. debido a que aquellos habían sido previamente entregados al promotor en virtud del cumplimiento de requisitos verificados a través de acta de 4 de noviembre de 2014, y que en el caso del proyecto inmobiliario Marcas Mall está probado que dicha acta contenía información contraria a la realidad, pues en ella se consignó que se habían cumplido las condiciones contractualmente pactadas para la transferencia de recursos, lo cual no era cierto.

Estando dicha verificación de cumplimiento de las condiciones en cabeza de la fiduciaria y habiendo suscrito su representante legal un acta que contenía información falsa,

consideró la Corte en los casos previamente resueltos que con ese proceder se incumplieron no sólo las obligaciones contractuales de la fiduciaria, que justificaban la declaratoria de responsabilidad, sino también sus obligaciones legales.

Así las cosas, aún sin la existencia del otrosí que en este caso particular consagró la obligación de reembolso de los recursos a cargo de la fiduciaria, la grave infracción de los deberes legales y convencionales de la entidad concretados en su conducta del día 4 de noviembre de 2014, cuando suscribió un acta que contenía información contraria a la realidad y en virtud de ello desembolsó en forma indebida los recursos confiados por los inversionistas, sería suficiente para que en sede de instancia, la Corte mantuviera la decisión de primera instancia.

3. Conclusiones.

De acuerdo con lo analizado, es evidente, que la demanda de casación examinada no cumple los requisitos formales en la formulación de los cargos **segundo** y **tercero**; y respecto del **primer cargo**, no obstante que la acusación allí planteada en principio cumple con esas exigencias, se impone su inadmisión vía selección negativa, con apoyo en el artículo 347-3CGP, según el cual tal decisión procede, *«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»*.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 346-1CGP, se declarará inadmisibile el escrito de sustentación del recurso presentado por la demandada, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. El trámite continuará, entonces, en lo que respecta a la impugnación extraordinaria que interpuso SBS Seguros Colombia S.A., cuya demanda de casación fue admitida por el Magistrado Sustanciador, por auto de 23 de junio de 2023.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. INADMITIR la demanda de casación presentada por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. frente a la sentencia que el 28 de marzo de 2022 dictó la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo de acción de protección al consumidor promovido por Cine Colombia S.A.S.

SEGUNDO. Como quiera que la demanda de casación presentada por la llamada en garantía fue admitida, por secretaría continúese con el trámite pertinente.

Notifíquese y cúmplase

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidenta de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

(Ausencia justificada)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala

Hilda González Neira
Magistrada

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

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

Código de verificación: E22A9639532DEDDCF023A107D9B874127705468C7C224D43E0A3BE1EB0B897C3

Documento generado en 2023-09-13