



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

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada Ponente

AC3120-2023

Radicación n° 11001-31-03-042-2018-00010-01

(Aprobado en sesión de diecinueve de octubre de dos mil veintitrés)

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda presentada por Alianza Fiduciaria S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena n° 732/1570, para sustentar el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de 17 de mayo de 2023, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso declarativo promovido por la recurrente contra el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena¹, Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., Fedco S.A. en reorganización, Inversiones Eilat S.A., Inversiones Y Representaciones Vásquez – Invas S.A., Luis F. Vásquez Montoya, Mirella Escolar de Vásquez, Sebastián y Matteo Vásquez Escolar, Gabriel Eisenband Gontovnic y Juan Guillermo Ruiz García de Paredes.

¹ *Cuya vocera también es Alianza Fiduciaria S.A.*

I. ANTECEDENTES

1.- El proceso se abrió con demanda en que la actora pidió, en suma, que se declarara principalmente lo siguiente:

1.1.- Que la estipulación «*contra entrega del hotel*», contenida en la «*Nota*» inserta en el «*CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA Nro. 10043079337-0*», es una «*CONDICIÓN SUSPENSIVA*» aún por cumplirse.

1.2.- Que la demandante jamás incurrió en mora en el desembolso del saldo final de los aportes a que se comprometió en dicha convención y en los «*otrosí*» suscritos con posterioridad.

1.3.- Que Patrimonio Autónomo Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena –en adelante PA Unidades Hoteleras- obró de mala fe y abusó del derecho al desistir y dar por terminado unilateralmente el pacto aludido.

1.4.- Que se resuelva el convenio referido por el incumplimiento de PA Unidades Hoteleras, en consecuencia, sea condenado a pagarle los perjuicios materiales y morales que le causaron. Los primeros, tasados en la suma de \$13.648'800.000.00, a título de «*daño emergente*» y por concepto de «*lucro cesante*» el importe dictaminado por un experto sobre las utilidades, valor comercial y «*excedentes generados por la operación hotelera*» respecto de las unidades

inmobiliarias que se esperaban adquirir, estos últimos ajustados con la «*Tasa Máxima legalmente permitida de INTERÉS BANCARIO CORRIENTE*» desde el 7 de septiembre de 2016 hasta la emisión del fallo; y los segundos, es decir, los morales, calculados en 500 SMLMV.

1.5.- Que Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., en calidad de fideicomitente del PA Unidades Hoteleras, sus accionistas Fedco S.A. en reorganización, Inversiones Eilat S.A., Inversiones y Representaciones Vásquez – Invas S.A., Luis F. Vásquez Montoya, Mirella Escolar de Vásquez, Sebastián y Mateo Vásquez Escolar, y los miembros de su junta directiva Gabriel Eisenband Gontovnic y Juan Guillermo Ruiz García de Paredes, son responsables extracontractualmente de los menoscabos reclamados por «*erigir, permitir y facilitar, actos defraudatorios en perjuicio de los legítimos derechos e intereses*» de la accionante.

Y como aspiraciones subsidiarias, la gestora petitionó que se «*RESUELVA JUDICIALMENTE*» el negocio jurídico citado y se ordene a los accionados a cancelar los «*PERJUICIOS COMPENSATORIOS*» en cuantía de \$13.648'800.000.00, a un rédito del «*6% anual*» a partir del «*siete (07) de septiembre del año dos mil dieciséis (2.016), hasta la fecha en que se profiera sentencia que dirima la (...) litis (...), y haga tránsito de COSA JUZGADA*». [Archivo digital: 0001 CuadernoPrincipalParte1, FLS. 377-474].

2.- Fundó sus anhelos en los hechos que enseguida se resumen:

2.1.- Surgió el interés en desarrollar un complejo hotelero en la ciudad de Cartagena, para lo cual la compañía Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. –antes Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.- contrató los servicios de la sociedad Six Continents Hotels de Colombia S.A. con el propósito de que ésta pusiera en operación y administrara el futuro albergue, diseñado para tener 282 habitaciones, un centro de convenciones y varias amenidades (10 may. 2010).

2.2.- Con el fin de llevar a cabo el proyecto constructivo del alojamiento, el 30 de junio de la citada anualidad se celebró un «*contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria*» denominado «*Fideicomiso Nao Fun + Shopping*», fungiendo como «*Fideicomitente A*» Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., «*Fideicomitentes B*» las compañías Arquitectos Internacionales S.A.S., GVA & Asociados S.C., Tenco S.A., Espacios Urbanos S.A. y Gestión S&G S.A.S., y en calidad de «*Fiduciario*» Alianza Fiduciaria S.A. Asimismo, se designó a Gestión S&G S.A.S como «*GERENTE DEL PROYECTO*».

2.3.- En esa misma data (30 jun. 2010), Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. –fideicomitente- y Alianza Fiduciaria S.A. –fiduciaria- suscribieron otro «*contrato de fiducia mercantil de administración*» subordinado al primero, el cual se llamó «*Fideicomiso Unidades Hoteleras NAO Cartagena*» -PA Unidades Hoteleras- a ejecutarse en tres etapas: i) En la «*Previa*» la fiduciaria percibiría los dineros de los inversionistas, producto de los «*encargos fiduciarios*» suscritos; ii) En la «*Intermedia*», aquella registraría como titulares de las

futuras «*unidades hoteleras*» a los aportantes y continuaría con la administración de los recursos captados, entre otras obligaciones; y iii) En la «*Operativa*» recibiría la «*titularidad jurídica del HOTEL por transferencia que del mismo haga a su favor el FIDEICOMISO NAO FUN*», entregaría a los «*inversionistas*» los «*excedentes de la operación del HOTEL*» de acuerdo a su participación y al culminar la liquidación del convenio les transferiría la «*propiedad*».

2.4.- El negocio, tal como estaba estructurado, atrajo la atención de las empresas Espacios Urbanos S.A.S. –otrora Espacios Urbanos S.A.-, Gómez Vásquez Aldana Arquitectos Sociedad Civil –G.V.A. & Asociados-, Gestión S&G S.A.S² y Tenco S.A., por tal razón, el 25 de marzo de 2011 firmaron en condición de «*fideicomitentes*» un «*contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos*» llamado «*Fideicomiso Grupo Promotor NAO Cartagena Nro. 732/1570*» -en adelante PA Grupo Promotor-, cuyo fiduciario y vocero fue Fiducor S.A., quien después lo cedió a Alianza Fiduciaria S.A.

El objeto de este acuerdo era instruir a la compañía fiduciaria para que, en calidad de inversionista, «*suscribiera y adelantara los tramites de vinculación que se requerían*» ante el PA Unidades Hoteleras y así adquirir once (11) «*unidades*» en el hotel venidero.

2.5.- Fue así que, el 5 de abril siguiente PA Grupo Promotor –demandante- y PA Unidades Hoteleras –

² Encargada de la gerencia del proyecto del hotel.

demandada- celebraron el «*contrato de vinculación de inversionistas fideicomiso unidades NAO Cartagena 10043079337-0*», en virtud del cual, el primero se obligó a aportar la suma de \$13.648.800.000.00 por «*once (11) unidades hoteleras*», de la siguiente manera: i) Un desembolso inicial de \$1'000.000.00; ii) Varios instalamentos en distintas fechas; y iii) Un saldo final denominado «**Contra Entrega Hotel**». Tanto el valor de las cuotas como el plazo se modificaron en un sinnúmero de «*otrosí*».

En la parte inicial de dicho acuerdo se dejó plasmada la siguiente «**Nota**»: «*La fecha estimada del último aportes (sic) esto es «**Contra Entrega Hotel**» será cuando se expida un comunicado del FIDEICOMITENTE GERENTE – GESTIÓN S&G S.A.S.- y del interventor del proyecto manifestando que empezó la etapa de **pre-apertura** del hotel, en cumplimiento del contrato suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL- CARTAGENA S.A.S. con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo del año 2010*».

2.6.- El proyecto iba andando. Sin embargo, en comunicación de 14 de julio de 2016 la Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. como «*fideicomitente*» del PA Unidades Hoteleras y a través de su vocera Alianza Fiduciaria S.A., en un acto «*arbitrari[o], carente de toda razón, fundamento o sustento*», manifestó su intención de «*desistir*» del referido «*negocio de vinculación*», frente lo cual la promotora contestó que ese concierto aún estaba vigente, que hasta ese momento había satisfecho todas sus prestaciones y que la «*condición*» englobada en la «**Nota**» todavía se hallaba en suspenso.

2.7.- El 23 de agosto subsiguiente, la prenombrada constructora ratificó su voluntad de declinar del convenio, habida cuenta de que los «*otrosí*» modificatorios del monto de las mensualidades con sus vencimientos no le eran oponibles y que el desembolso de los instalamentos, incluido el de la «*Contra Entrega Hotel*», registraban una mora de más de sesenta (60) días, dando lugar al «*desistimiento del encargo*».

2.8.- A partir de allí se cruzaron comunicaciones entre los contendientes, de donde se pudo evidenciar que la «*condición*» fijada en la “***Nota***” del compromiso mencionado, «*NO SE HA CUMPLIDO*», en tanto que, Gestión S&G S.A.S nunca «*expidió comunicación alguna*» en la forma allí estipulada, de ahí que, PA Unidades Hoteleras no haya honrado su palabra.

2.9.- Por si fuera poco, Centro Comercial Cartagena S.A.S., en calidad de fideicomitente del PA Unidades Hoteleras, sus accionistas y administradores, obraron de manera «*temeraria y malintencionada*», despojando a PA Grupo Promotor de una «*posición jurídica y contractual adquirida en legal forma*», de un lado, al desistir del «*contrato de vinculación*» con fundamento en una «*mora inexistente*» y de otra parte, al actuar como un «*grupo empresarial oculto y no declarado*» para «*favorecer de manera discriminatoria e indebida, a la sociedad INVERSIONES EILAT S.A.S.*».

3.- Tras subsanar el escrito inicial, el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de esta capital lo admitió en auto de 11 de febrero de 2018 [Fl. 522, Archivo digital: 0002 CuadernoPrincipalParte2], decisión frente a la cual la parte

demandada instauró sin éxito recurso de reposición, pues se denegó en proveído de 22 de marzo de 2019 [Fl. 810, ibidem].

4.- Inversiones Y Representaciones Vásquez – Invas S.A, Mirella Escolar de Vásquez, Sebastián y Matteo Vásquez Escolar, repelieron en tiempo el libelo, allí se pronunciaron sobre cada uno de los hechos alegados, oponiéndose al acogimiento de las pretensiones, al paso que formularon las excepciones meritorias que denominaron: *«falta de legitimación en la causa en relación con los accionistas; e inexigibilidad de reparación»* [Fls. 633 a 639, ídem].

5.- Gabriel Eisenband Gontovnic se opuso las súplicas del escrito genitor, pidió se *«dictara sentencia anticipada»* con sustento en la *«falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa»*, en primer lugar, porque no fungió como *«parte en el contrato de vinculación objeto de controversia»* y, en segundo término, PA Grupo Promotor desatendió este último.

Asimismo, enarboló los siguientes medios de fondo *«No haber discutido ni adoptado el demandado Gabriel Eisenband Gontovnic en su condición de persona natural miembro de junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., decisión alguna relacionada con la terminación del contrato de vinculación de inversionistas fideicomiso unidades hoteleras NAO Cartagena No. 10043079337-0; Inexistencia de obligaciones en cabeza de Gabriel Eiseband Gontovnic en su condición de persona natural miembro de junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., al no ser parte del contrato de vinculación de inversionistas fideicomiso unidades hoteleras NAO Cartagena No. 10043079337-0, principio de relatividad de los contratos; Inexistencia de responsabilidad imputable a Gabriel Eiseband Gontovnic , derivada de su actuación como miembro*

de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S.; Inexistencia de actuaciones de Gabriel Eiseband Gontovnic que configuren un abuso del derecho; falta de legitimación en la causa por activa del demandante para exigir el cobro de perjuicios ante Gabriel Eiseband Gontovnic, como persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S.; Inexistencia de actos defraudatorios como supuesto de hecho necesario para la indemnización de perjuicios por parte de accionistas y administradores; Inexistencia de los supuestos de hecho de que trata el art. 42 de la ley 1248 de 2008 que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad solidaria de administradores y accionistas de las S.A.S, que pueda ser imputable a Gabriel Eiseband Gontovnic en su condición de persona natural miembro de junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S.». [Fls. 712-740, Archivo digital: 0002 CuadernoPrincipalParte2].

6.- PA Unidades Hoteleras, contestó con expreso disenso a los pedimentos de la promotora al abrigo de lo siguiente: *«Inexistencia de incumplimiento contractual imputable al patrimonio autónomo unidades hoteleras NAO Cartagena, derivado del contrato de vinculación No. 10043079337-0; Inexistencia de abuso del derecho y/o daño antijurídico imputable al patrimonio autónomo unidades hoteleras NAO Cartagena, con motivo de la terminación del contrato de vinculación de inversionistas No. 10043079337-0; Inexistencia de perjuicios materiales y morales imputables al patrimonio autónomo unidades hoteleras NAO Cartagena, con motivo de la la terminación del contrato de vinculación de inversionistas No. 10043079337-0; Inexistencia de actos defraudatorios imputables al patrimonio autónomo unidades hoteleras NAO Cartagena; materialización de la condición suspensiva pactada en la “nota” contenida a folio 2 del contrato de vinculación de inversionistas No. 10043079337-0, en relación a la “contra entrega del hotel”; [y] cobro de lo no debido».*

7.- Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., negó los hechos básicos de la *causa petendi* y adujo las excepciones de mérito «*La terminación del contrato de vinculación No. 10043079337-0 obedeció única y exclusivamente a la mora por más de 60 días en el pago de los aportes a cargo del patrimonio autónomo fideicomiso grupo promotor NAO Cartagena, en consecuencia la instrucción impartida por Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. fue legítima y ajustada a la cláusula décima sexta del citado contrato; la condición suspensiva contra entrega del hotel acaeció desde el 13 de mayo de 2015, en consecuencia todos los plazos pactados en el cronograma del contrato de vinculación No. 10043079337-0 se encontraban vencidos y con mora mayor a 60 días, al momento de su terminación; la contra entrega del hotel corresponde a la fecha de inicio de la pre-apertura, suceso sustancialmente diferente al inicio de la etapa de operación del fideicomiso unidades hoteleras NAO Cartagena y/o a la operación plena del hotel; los otrosis al contrato de vinculación No. 10043079337-0 son inoponibles a constructora centro comercial Cartagena S.A.S.; el otrosí No. 3 al contrato de vinculación No. 10043079337-0 es vinculante frente a alianza S.A. como sociedad fiduciaria; falta de legitimidad del patrimonio autónomo fideicomiso grupo promotor NAO Cartagena para solicitar el reconocimiento y pago de perjuicios; [e] inexistencia de los perjuicios cuyo reconocimiento solicita el demandante; inexistencia de responsabilidad solidaria de constructora centro comercial Cartagena en su calidad de fideicomitente del fideicomiso unidades hoteleras NAO Cartagena, por los actos ejecutados por la sociedad fiduciaria». [Fls. 1046-1092, Archivo digital: 0003 CuadernoPrincipalParte3].*

8.- Fedco S.A. en reorganización e Inversiones Eilat S.A.S., también se resistieron de manera conjunta a los anhelos de la gestora, planteando las defensas de fondo que llamaron «*Inexistencia de los presupuestos legales para la desestimación de la personalidad jurídica de constructora centro*

comercial Cartagena S.A.S.; falta de legitimación en la causa por pasiva; [e] Inexistencia del otro sí No. 3 al contrato de vinculación No. 10043079337-0 por falta de consentimiento de alianza fiduciaria como vocera del fideicomiso unidades hoteleras NAO Cartagena». [Fls. 1093-1117, idem]

9.- Por su parte, Juan Guillermo Ruiz García de contestó el *petitum*, al tiempo dijo objetarlo alegando idénticas defensas a las elevadas por Gabriel Eisenband Gontovnic, además propuso las de «*Inexistencia de actuaciones (...) que configuren un abuso del derecho; [y] Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del demandado*» [Fls. 1151-1175, idem]

10.- En memoriales separados, los enjuiciados alegaron sendas defensas dilatorias, las cuales fueron desestimadas.

[Archivos digitales: 0009, 0010, 0011 y 0012 CuadernoExcepcionesPrevias].

11.- Con sentencia desestimatoria que profirió el juzgado de conocimiento concluyó la primera instancia, la cual confirmó el Tribunal Superior de Bogotá al desatar la apelación interpuesta por la impulsora, mediante fallo de 17 de mayo de 2023, el que fuera recurrido en casación por la misma parte.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

1.- Tras recopilar el litigio y establecer que la decisión era de fondo, señaló como cosa prioritaria los problemas jurídicos que solventaría, los cuales delimitó del siguiente modo: i) Si PA Unidades Hoteleras obró con temeridad al

finiquitar unilateralmente el «*contrato de vinculación de inversionistas fideicomiso unidades NAO Cartagena 10043079337-0*», por ende, desatendió los demás compromisos allí acordados;

ii) Si «*se distorsionó o malinterpretó*» las cláusulas de ese pacto; y

iii) Si el «*a-quo incurrió en un indebida valoración probatoria*».

2.- El Tribunal hizo ver de comienzo que la acción principal intentada por la pleiteante es la derivada de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, valga decir, la «*resolutoria de los contratos bilaterales*». Se fijó, entonces, en la inteligencia de esos mandatos y con apoyo en un precedente de esta Corte dijo que para su éxito era necesario, entre otros requisitos, la acreditación del cumplimiento del acuerdo de quien pide su resolución.

3.- Despejado lo anterior, se aprestó a examinar si en el caso la accionante incurrió en mora en el desembolso de los aportes a que se comprometió en el mentado convenio o si, por el contrario, «*la fecha para esa solución, que no era determinada, sino sujeta a la “contra entrega del hotel”, no había llegado para la data en la que se dispuso la cláusula de desistimiento*».

Anotó el *ad quem* que, en efecto, para establecer una u otra cosa era indispensable interpretar su contenido en aras de averiguar la genuina intención de los negociantes más allá del simple tenor literal de las palabras (art. 1618 C.C.), pues, verdad sabida es que en el derecho privado patrio prevalece la «*autonomía de la voluntad*» en materia contractual, de tal manera que, «*las normas que regulan los contratos y convenciones en general deben mirarse como supletorias del querer de las partes, desde*

luego, siempre y cuando el convenio respete el orden público y las buenas costumbres, y además se ajuste estrictamente a las formas propias que respecto de algunos acuerdos expresamente exija la ley».

En punto de esa labor, según añeja jurisprudencia, la aquiescencia de las partes se puede descifrar examinando la naturaleza del convenio, su clausulado, los móviles que llevaron a su celebración, las circunstancias posteriores a esta, las *«costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado»*, su aplicación en el acuerdo y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes, en todo caso, *«el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido».*

4.- Así, la colegiatura pasó a ocuparse en el examen del precitado trato, principiando por los *“antecedentes”* allí plasmados, en los cuales, se señaló que PA Unidades Hoteleras planificó la construcción de un alojamiento en la ciudad de Cartagena a través del *«Fideicomiso NAO FUN + Shopping»*; que una vez levantada la edificación y dotada para su funcionamiento, este último transferiría a favor del primero la *«titularidad jurídica»* en *«beneficio de fiducia»*; luego de lo anterior, el *«Fideicomiso Unidades Hoteleras»* se desarrollaría en tres etapas, *«previa, intermedia y de operación, sujetas al cumplimiento de condiciones de giro, al inicio de operación del hotel y a la entrega a los inversionistas de los excedentes de la explotación, respectivamente».*

Como es habitual en esta tipología de transacciones, la financiación proviene de la *«inversión del público»* y fue en ese

instante cuando apareció en la escena la impulsora, suscribiendo el encargo correspondiente para adquirir once (11) «*unidades hoteleras*», siendo vinculada al «*PA Unidades Hoteleras con el propósito de ser registrados, al inicio de la etapa intermedia (...) como beneficiarios (...) y en dicha proporción se les entreguen, a partir del inicio de la ETAPA DE OPERACIÓN los excedentes que genere la operación hotelera*».

En contraprestación, la gestora se obligó a pagar varios instalamentos, siendo el último «*a contra entrega del hotel*», eso sí, el devenir hizo que se modificara el «*cronograma de pagos*» en tres «*otrosí*», el postrero de fecha 1° de marzo donde se pactó como «*primera cuota (...) \$1'000.000.00*» y «*el saldo restante, esto es, \$13.647.800.000 sería a la “contra entrega” previamente convenida*».

Sobre esto último, destacó la Corporación que las partes concertaron la siguiente “*Nota*”: «*la fecha estimada del último aportes (sic), esto es, “contra entrega hotel” será cuando se expida un comunicado del FIDEICOMITENTES GERENTE -GESTIÓN S & G S.A.S.- y del interventor del proyecto manifestando que empezó la etapa de pre-apertura del hotel, en cumplimiento del contrato suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo del 2010*».

Dejando de momento el entendimiento de esa disposición, recalcó que en el compromiso mencionado se dejó claro que los «*aportes*» de los inversionistas serían destinados para «*la adquisición del inmueble que constituirá el hotel, la adecuación del mismo y los gastos de pre-apertura*» y que la tardanza mayor a sesenta (60) días en el pago de estos, generaba el desistimiento de la inversión y su desvinculación.

5.- Para averiguar el alcance de dichas estipulaciones, la Magistratura abordó el examen de los pactos mediante los cuales: a.) Se constituyó el Fideicomiso «*NAO FUN + SHOPPING*», encargado de la construcción del albergue; b.) Nació el Fideicomiso PA Unidades Hoteleras; y c.) Se dio en administración el hotel.

5.1.- Respecto del primero, encontró, de un lado, que las personas naturales o jurídicas beneficiadas con la vinculación al proyecto «*no contraen obligación alguna relacionada con el desarrollo del Proyecto, ni tendrían derechos ni obligaciones derivados del contrato de Fiducia diferentes del derecho a recibir las unidades*»; y, de otro, se definió que la edificación del complejo hotelero se desarrollaría en dos fases: i) La pre-operativa, relativa a la «*elaboración de diseños, estudios técnicos y financieros y todos los actos jurídicos necesarios para la obtención de recursos, entre ellos la suscripción de los contratos de encargo de inversión*», y ii) La operativa, que comenzaría «*luego de las condiciones de giro, en el que los recursos entregados por los inversionistas se podrían a disposición del gerente para la cancelación de los costos del proyecto*».

5.2.- En cuanto al segundo compromiso, a juicio del Tribunal, se acordó que la titularidad de las «*unidades hoteleras*» se registrarían en cabeza de los «*terceros*» que atendieron la prestación de entregar los aportes oportunamente, mismos que, «*se destinarían los gastos de pre- apertura según el contrato de operación*».

5.3.- Frente al último negocio, el *ad quem* analizó el «*artículo cuarto*», en donde la Constructora Centro Comercial Cartagena y Six Continents Hotels de Colombia S.A. definieron que la «*pre-apertura*» era la «*etapa en la que el operador presentaría un plan y presupuesto a la “compañía” en los que se señalen todas las actividades que el operador anticipa, según su juicio, será necesario o deseable realizar para preparar el Hotel para su apertura, incluyendo, entre otras cosas, contrataciones, capacitación, salarios y alojamiento del personal, publicidad y promociones, relaciones públicas, espacio para oficinas etc.*». Además, en el numeral «4.04» se dejó consignado el procedimiento de la «*inspección final de pre-apertura para efectos de determinar el cumplimiento con el TSA, los planos y especificaciones y los estándares*» del operador.

6.- Para el *iudex* plural los negocios jurídicos que rodearon la construcción y puesta en marcha del alojamiento estaban ligados entre sí, tanto así, que participaron esencialmente los mismos negociantes: Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., Gestión S&G S.A.S. -gerente del proyecto-, Tenco S.A., Espacios Urbanos S.A., Arquitectos Internacionales S.A.S. y GVA Asociados, de ahí que, PA Unidades Hoteleras y PA Grupo Promotor «*eran conocedoras de todos los negocios jurídicos conexos y que los aportes de inversión debían estar en el haber de fideicomiso previo al inicio de la etapa operativa, pues precisamente serían destinados a los costos de pre - apertura del hotel y demás gastos de la puesta en funcionamiento del mismo*».

En esas condiciones, para el Tribunal fue «*patente que la condición suspensiva de contra entrega del hotel*» contenida en la «*Nota*» del encargo fiduciario demandado acaeció, porque «*era*

esencial que se contara con los aportes de inversionistas con anterioridad a la entrada de la etapa de operación definida en las Fiducias, ya que los mismos resultaban indispensables para asumir los costos que demandaba el desarrollo y puesta en funcionamiento del proyecto».

Fijando la atención en la estipulación vinculada al giro de los recursos destacó, que se indicó que *«será cuando se expida un comunicado del FIDEICOMITENTES GERENTE -GESTIÓN S & G S.A.S.- y del interventor del proyecto manifestando que empezó la etapa de pre-apertura del hotel, en cumplimiento del contrato suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo del 2010»* siendo el punto de discusión *«si ocurrió la pre-apertura del hotel, si se expidió el comunicado y si se dio en cumplimiento del contrato de fecha 10 de mayo del 2010 es abundante la prueba en el expediente que acredita que esas específicas condiciones sí tuvieron lugar»*

Y sobre esto último, halló soporte en las siguientes pruebas:

6.1.- Los testimonios de Esmeralda Ronsería, María Consuelo Pareja, Margarita María Cuervo y Antonio Lozano Pareja, aunque tachados de sospecha, para el superior fueron *«espontáneos, coherentes y narraron con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con los negocios que incumben a [la] litis»*, según sus relatos la *«pre-apertura»* del hotel sucedió en mayo de 2015 y los inversionistas fueron comunicados sobre esto. En su opinión, *«todas estas declaraciones revelan que se dio la pre-apertura del hotel en los términos del contrato de operación y que el tema era conocido y coordinado por*

Gestión S&G S.A.S. Gerente del proyecto, quien además lo comunicó a la Fiduciaria y a los inversionistas».

6.2.- A continuación, pasó a indagar el *«informe de entrega de febrero 15 de 2016»* rendido por la firma encargada de la gerencia del proyecto Gestión S&G S.A.S. y varios correos electrónicos cruzados entre la *«fiduciaria»* y ésta, documental de la que concluyó se agotó la *pre-apertura* del albergue, entendida esta como *«una etapa en la que se presentaría presupuestos, se capacitaría personal, se realizaría promoción del hotel, así como una inspección previa revisando los estándares de la marca InterContinental»*, conforme quedó establecido en el *«contrato de operación hotelera»* entre Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. y Six Continents Hotels de Colombia S.A.

Pero no se detuvo allí. El sentenciador también se topó con el *«mensaje de datos»* remitido por Luis Estefan -Gerente del hotel- a Gestión S&G S.A.S. en el que *«aseguró que la decisión del soft opening [apertura al público parcial] era exclusiva del operador y constató sobre la etapa de pre apertura»*. Incluso, en el *«otrosí # 1 celebrado entre Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. y Jones Lang Lasalle Ltda.»*, se acordó expresamente que *«la fase de pre-apertura comenzará a finales del agosto del 2014 y se llevará a cabo durante seis (6) meses o hasta que se genere la apertura oficial del hotel»*.

De los folios reseñados, dijo, se evidenció que *«la pre apertura fijada en la nota anexa al contrato de vinculación estaba supeditada al contrato de operación hotelera»*, por manera que, *«no hay razones válidas para afirmar que aquella no acaeció, siendo lógico afirmar que esa etapa se surtió, incluso ANTES del 13 mayo del 2015, pues, en rigor, esta data fue en la que se permitió el ingreso de huéspedes y demás usuarios al hotel InterContinental»*. Aunado a ello,

«el operador hotelero consintió recibir la construcción y hacer la apertura del hotel en las condiciones que se encontraba el 13 de mayo del 2015, ya se anotó, que era de su exclusiva discreción esa determinación, pero, cualquier incumplimiento del convenio con InterContinental, como mora en la construcción, daba lugar a unas indemnizaciones pactadas entre esas partes, o incluso a finalizar el negocio jurídico, pero esa circunstancia no ocurrió».

6.3.- Volviendo iterativamente sobre las declaraciones ya analizadas, trajo nuevamente el relato de María Consuelo Pareja, según el cual uno de los fideicomitentes y «ordenante del gasto» del PA Grupo Promotor era Gestión S&G S.A.S., «quien a su vez, fungió como Gerente del Proyecto» y en tal calidad «estuvo al tanto de todas las etapas de construcción del hotel, coordinó la pre-apertura y el soft opening y conocía “al dedillo” de los pormenores financieros, constructivos, operativos del negocio, así como de todos los fideicomisos coligados», de ahí que, conocía a cabalidad del «inicio de la etapa de pre-apertura», misma que según los documentos memorados, «se presentó como mínimo en el segundo semestre del 2014».

Y, tras acentuar lo anterior, el *ad quem* lucubró de la siguiente manera:

«no se pretende con ello, como lo asegura la censura, restarle importancia a la naturaleza del patrimonio autónomo demandante y que fungió como contratante en el convenio de vinculación, pues aunque en principio podría decirse que los actos del Fideicomitente son aislados del fideicomiso, este particular evento, dadas las condiciones a las que se ha hecho alusión, por la posición jurídica que ostentaba Gestión S&G S.A.S. es viable asegurar que conocía del acaecimiento de la condición y, por ende, de la exigibilidad de la obligación de pago de los aportes, por lo que ha debido dar la instrucción de desembolso a la fiduciaria en su calidad de ordenante del gasto».

Premisa que apoyó en un precedente de esta Corte, según el cual, con el fin de auscultar el querer de los negociantes *«a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5° y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse»*.

7.- Ahora, en cuanto a eso de que, a voces del apelante, era indispensable la expedición de un comunicado informando el inicio de la fase de *«pre-apertura»* para proceder al desembolso del saldo final, conforme a la *«Nota»* inserta en el *«contrato de vinculación»*, en sentir del Tribunal, esa precisa formalidad sí se realizó.

En efecto, en epístola de 1° de junio de 2015 *«dando alcance a una comunicación de febrero de ese año»*, se informó a los inversionistas *«sobre la apertura parcial al público del hotel en la modalidad soft -opening»*. Igualmente, en septiembre de 2015 se enteró a los aportantes respecto de *«una apertura parcial bajo la modalidad soft opening desde el 13 de mayo de 2015, con 124 habitaciones y otras áreas de servicio para los huéspedes»*.

Bajo esa perspectiva, *«esos comunicados permitían aseverar que, cuando menos, en febrero del 2015 ya se había informado a los inversionistas sobre el estado de avance del hotel, encontrándose en procesos de pre-apertura ceñidos al contrato de operación hotelera. Entonces en uno y otro evento, esto es, el conocimiento directo del*

fideicomitente y ordenante del gasto del PA Grupo Promotor, o por los comunicados relacionados surgía para el contratante la obligación de solucionar su débito, el que se insiste, por obvias razones, debía estar en poder del proyecto con anterioridad a que se entrara a la etapa de operación».

8.- Tampoco es cierto, como lo adujo el apelante -prosiguió el fallador-, que era prioritario el cumplimiento de otras condiciones para el giro del último aporte, tales como: «i) vincular el Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena al Fideicomiso Nao Fun & Shopping; ii) darse el pago del precio y la transferencia de aportes entre los citados fideicomisos por la torre hotelera y iii) realizarse la constitución como beneficiario de área del PA Unidades Hoteleras»; porque, bien mirados todos los convenios involucrados en el negocio, esos escenarios sólo surgirían una vez se encontrara construido el alojamiento y «dotado con lo necesario para su operación», valga decir, después de agotada la «pre-apertura».

Así las cosas, la «pre-apertura» del hospedaje daba nacimiento a la obligación de cancelar el saldo de la inversión, esto es, antes del «*acta de inicio de operación del hotel*» y no podía ser de otra manera, porque una vez se diera «*apertura formal al público*», se empezaban a generar los «*dividendos que serían entregados a los inversionistas*» y «*si bien, en el expediente quedó acreditado que aun con el soft opening y la entrada en funcionamiento del hotel esa titularidad jurídica todavía no está en cabeza del PA Unidades Hoteleras, esa desatención ya no le incumbe al PA Grupo Promotor, toda vez que fue desvinculado del fideicomiso y su transgresión contractual le deslegitima para continuar la discusión de las etapas finales del Proyecto hotelero*».

Para la Magistratura, tampoco era menester exigir la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble donde se construiría el hotel, pues ese compromiso surgía cuando se diera inicio a la *«etapa de operación»*, no antes, máxime cuando, *«frente a ese tema, SIX CONTINENTS HOTELS COLOMBIA S.A. no opuso objeción alguna, y como viene de verse, la apertura del hotel y demás especificaciones que se relacionaban con la marca InterContinental, así como la declaratoria de incumplimiento del convenio y aplicación de sanciones pecuniarias era un asunto exclusivo de los allí contratantes»*.

Mucho menos se afectaba la prestación de desembolsar el importe final a cargo de PA Grupo Promotor, la falta de construcción de los *«apartamentos»* planeados como parte del alojamiento, ya que, lo anhelado por la accionante fue la adquisición de *«unidades hoteleras»*, es decir, *«se trataba de inversiones diferentes»*, tal y como lo aseguró la testigo María Consuelo Pareja.

9.- Concluyó la corporación, con sustento en jurisprudencia de esta Sala, que en cabeza de la gestora *«no obraba excusa para abstenerse de satisfacer la deuda contractual, de modo que, ante [su] incumplimiento (...), no se verifican los presupuestos para la prosperidad de la acción que regula el artículo 1546 del Código Civil, reseñados en líneas precedentes»*.

En ese orden de ideas, *«resulta patente que la obligación a cargo de la demandante sí era exigible y estaba en mora para el momento en que se aplicó el desistimiento, debiéndose añadir que la omisión de constituir en mora al PA Grupo Promotor, conforme lo ordena el artículo 1608 del Código Civil, es un asunto que solo se trae al debate*

en el recurso de alzada, no fue sustento de los hechos del libelo y esa vicisitud impide su estudio habida cuenta que se trata de cuestiones que no pudieron ser debatidas en las instancias, permitiendo el derecho de defensa de las convocadas; en todo caso, contrario a lo que asevera la censura, los estados de cartera expedidos por Alianza Fiduciaria sí dan cuenta que el demandante tenía pendiente un saldo de pago, y en ellos se detallan los días vencidos».

10.- Examinando otro aspecto de la apelación, el *ad quem* consideró, que aun cuando en la primera instancia se omitió estudiar los pedimentos subsidiarios, relativos a la responsabilidad civil extracontractual de los demandados, la misma no se hallaba configurada, dado que no había actuación alguna, más allá de la ejercida por su condición de accionistas y miembros de la junta directiva, dirigida a ocasionar daño al patrimonio autónomo convocante, de igual manera, el material suasorio recaudado era insuficiente para inferir la creación de un «*grupo empresarial oculto*» destinado a defraudar los intereses de aquella.

11.- Ultimó de este modo que la demanda era completamente infundada y confirmó la decisión apelada.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro (4) cargos formuló el recurrente; el primero, el tercero y el cuarto por la vía de la infracción indirecta de la «*ley sustancial*» (núm. 2° art. 336 C.G.P.); el segundo por la senda de la «*violación directa de una norma jurídica sustancial*» (núm. 1° *ibídem*). El casacionista los desarrolló así:

PRIMER CARGO

Con base en la causal segunda de casación, se invocó un *«error de hecho protuberante y trascendente en la sentencia objeto de este recurso»*, en la *«valoración (...) de una prueba de orden documental, bajo la hipótesis de un error de preterición probatoria»*.

Según refirió el suplicante, en la *«Nota»* inserta en el *«contrato de vinculación de inversionistas fideicomiso unidades NAO Cartagena 10043079337-0»* quedó pactado que el pago del *«último aporte»* se haría cuando el *«Fideicomitente Gerente- Gestión S&G S.A.S. y el interventor del proyecto»* comunicaran a PA Grupo Promotor el inicio de la *«pre-apertura del hotel»*.

Bajo ese entendido, dice el impugnante, el Tribunal debía indagar *«si el hecho que debían certificar el interventor y el fideicomitente gerente se había dado o no»*, empero, no lo hizo, pues, optó por estudiar si la *«pre-apertura»* del albergue sucedió, *«sin reparar en que las partes de manera clara y expresa habían señalado que la condición era la propia expedición del comunicado»*.

De no haber incurrido en dicho yerro, el *ad quem* habría concluido que *«la condición pactada por las partes (...) no llegó a cumplirse»*, por ende, la demandante *«nunca estuvo en mora de hacer pago alguno»* *«Y fue por esa desavenencia patente en la interpretación de la prueba que las disposiciones de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio no pudieron proyectar sus consecuencias en el asunto encomendado a la jurisdicción»*.

SEGUNDO CARGO

Con sustento en el primer motivo del artículo 336 del Código General del Proceso, censuró el fallo por el

desconocimiento recto de los artículos 1618 del Código Civil y 822 del Código de Comercio, por *«interpretación errónea»*.

En sustento alegó, que el sentenciador de segundo grado incurrió en el yerro enrostrado, al considerar que *«en todos los casos»* la tarea del interprete es averiguar la verdadera intención de los *«contratantes»*, dejando de lado la *«literalidad del texto contractual»*.

En opinión de aquél, la hermenéutica que hizo el *iudex* plural fue inexacta, porque: i) Escudriñar el designio de los negociantes se justifica cuando *«el texto del contrato no es claro, o no hace evidente tal intención»*, premisa que en el caso bajo estudio no se dio, ya que el compromiso demandado era diáfano; y ii) Se dedicó a escrutar el querer de una sola de las partes, en vez de establecer el común o concurrente.

Y en procura de su demostración, trajo a colación la evolución jurisprudencial que, según el censor, ha efectuado la Corte respecto de la disposición aludida, concluyendo que en los tiempos de ahora aun cuando el compromiso sea claro, prevalece el propósito colectivo de los negociantes.

TERCER CARGO

Se levantó al amparo de la causal segunda de casación y se achacó al *iudex* plural la comisión de un *«error de hecho»* por la *«manifiesta preterición de un aparte de un documento, que, de haber sido apreciado de manera cabal y debida, habría conducido a una sentencia por entero diferente a la que acabó siendo proferida, pues habría tenido que concluir, por fuerza, que la parte demandante no*

estaba en mora de sus obligaciones y, por tanto, podía instar con éxito la acción que intentaba al abrigo del artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, en armonía con lo señalado en el artículo 1609 del Código Civil».

El recurrente lo desplegó señalando que se «otorgó singular valor» al correo electrónico de 7 de mayo de 2015 remitido por el «General Manager de Intercontinental», según el cual la «pre-apertura» del hospedaje ya se había realizado para aquella data, lo que llevó al Tribunal a considerar que «la condición para el pago que debía hacer la parte actora (...) había acaecido para ese momento y, por ende, existió mora del extremo demandante».

No obstante, prosiguió el censor, el fallador cercenó aquel documento, toda vez que en sus líneas finales se puso de presente que «aún no existían las condiciones para la pre-apertura del hotel», pues habían «pendientes de obra, así como deficiencias en la dotación y en el amoblamiento del hotel», es decir, «la prueba habría indicado que para esa fecha no se daban los supuestos para [su] “pre-apertura”».

CUARTO CARGO

Aquí se acusó idéntica vulneración a la del reproche precedente, pero el «error de hecho» se atribuyó en la «modalidad de suposición probatoria, por entender probado un hecho que no podía deducirse de las evidencias del proceso» que llevó al tribunal «a que en este caso no se abriera paso la aplicación del artículo 1546 del Código Civil, en armonía con el artículo 870 del Código de Comercio».

Sostuvo la censura, que en la «Nota» incluida en el «contrato de vinculación» motivo de litigio, se acordó que el gerente del proyecto y su interventor expedirían un «documento conocido como comunicado» a la actora manifestando el inicio de la etapa de «pre-apertura del hotel», luego se efectuaría el pago del saldo de los aportes. Sin embargo, el superior dio por probada esa misiva sin estarlo.

En sentir del impugnante, no se precisó con exactitud «la manera en que se evidenció la existencia de ese “comunicado”», si es que, «se trata de un escrito, de un impreso, de un plano, de un dibujo, o de cualquiera otra de las especies de las que habla el artículo 243 del CGP». De la nada, «sin arraigo en pruebas, sin precisar sus elementos, sin indicar sus autores ni la fecha de su expedición», la colegiatura tuvo por acreditado ese «documento», para de ahí dar por cumplida la condición para el desembolso del último aporte e insatisfecha esta obligación.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Como bien se sabe, es característica esencial de este mecanismo de defensa su condición extraordinaria, habida cuenta que no constituye una instancia adicional para persistir en el debate del aspecto fáctico de la controversia (*thema decidendum*), pues su finalidad es evaluar la legalidad de la decisión confutada (*thema decissus*), con miras a evidenciar la ocurrencia o no de los yerros denunciados que conlleven al eventual quiebre de la sentencia proferida.

Por ello, el recurso interpuesto deberá asentarse en las causales taxativamente previstas y atender los parámetros que para su concesión y trámite se imponen. Laborío frente al cual, ha sido insistente esta Corte al señalar, que: «... *toda acusación o cargo debe trascender de la simple enunciación, al campo de la demostración, haciéndose patentes los desaciertos, no como contraste de pareceres, o de interpretaciones, ni de meras disputas conceptuales o procesales, sino de la verificación concluyente de lo contrario y absurdo, de modo que haga rodar al piso la resolución combatida*» (CSJ, AC1262-2016, 12 ene., rad. 1995-00229-01, criterio reiterado en CSJ AC998-2022, 31 mar., y en CSJ AC799-2023, 19 abr.).

2.- El legislador ha previsto la posibilidad de controvertir las sentencias a través de la súplica extraordinaria, entre otros supuestos, por errores *in iudicando*, derivados de la trasgresión de normas sustanciales, producto de desvíos de interpretación o aplicación normativa (directa), lo cual ocurre «*cuando el sentenciador se equivoca en la aplicación del derecho material que concierne al asunto objeto del litigio, no obstante haber constatado correctamente la realidad fáctica* (CSJ SC de 25 de feb. de 2002 Rad. 5925, criterio reiterado en CSJ AC799-2023, 19 abr.), o bien por «*error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba*»³ (indirecta), supuesto que le impone 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

³ Numeral 2° de artículo 366 del Código General del Proceso.

decisión cuestionada, carga de demostración que, recae exclusivamente en el censor.

Esta Corte ha expresado que en los eventos en que se critique el ejercicio valorativo del juzgador deviene imperativo que:

... el recurrente lo demuestre, actividad que debe cumplirse mediante una labor de contraste entre lo que extrajo el sentenciador de las pruebas que se tildan de erróneamente apreciadas y lo que tales pruebas dicen o dejan de decir, para establecer el real efecto que dimana de la preterición o desfiguración de la prueba, siempre en el bien entendido que no basta relacionarla ni con ofrecer la visión del recurrente a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada. (CSJ SC de 14 de mayo de 2001, reiterada en CSJ SC de 19 de dic. de 2012, Rad. 2006-00164-01, AC. de 21 de agosto de 2014, Rad. 2010-227-01).

2.1.- A lo anotado se suma que, en atención a la discreta autonomía que la Carta Política reconoce a los juzgadores en el ejercicio de valoración de las pruebas en la definición de los juicios, es indispensable que el desacierto tenga la connotación de evidente y trascendente: lo primero, que brote a simple vista «*de tal modo que amén de que no fueran requeridos mayores estudios para establecer que se estructuró un yerro, el análisis presentado por la censura necesariamente se erigía en el único admisible para solucionar el litigio, y, por su parte, las consideraciones del juzgador resultaban contraevidentes e insostenibles*» (CSJ AC4144-2017 de 27 de jun. de 2017 Exp. 2014-00555-01, reiterado AC8426-2017 de dic. Rad. 2011-00086-01); lo segundo, que su ocurrencia hubiere sido determinante en el sentido de la

decisión, al punto que de no haber ocurrido la determinación sería contraria a la adoptada.

Consecuente con esto, la simple inconformidad del recurrente respecto del resultado de aquel ejercicio de valoración, resulta insuficiente para abrir paso al estudio de fondo de la impugnación extraordinaria, dada «*la necesidad de respetar la valoración de las pruebas que hacen los jueces de instancia, porque sería insostenible que sólo el juez de la casación tuviera el monopolio de la razón a la hora de elucidar el recto entendimiento de las pruebas allegadas*» (CSJ SC del 15 de abril de 2011 (Exp. 2006-0039, reiterada AC1074-2022 de 22 de abril Rad. 2015-00958-01) y, en ese orden, «*allí donde se enseñoree la dubitación, no puede salir airoso el recurso extraordinario de casación, cuya procedencia privativamente finca en la certeza, en sí misma ajena a la hesitación*» (CSJ SC 31 de marzo de 2003, Exp. N° 7141, reiterada SC4361-2018 de 9 de oct. Rad 2011-00241-01).

3.- Plasmadas las anteriores pautas, cumple decir, desde ya, que la sustentación del recurso extraordinario de casación, no satisface las exigencias que legal y jurisprudencialmente se han demarcado para el impulso de la súplica extraordinaria, por lo que los cuatro cargos serán inadmitidos, conforme se expone a continuación.

3.1.- En el **primer** reproche el recurrente imputó al colegiado un «*error de hecho*», en la medida en que dedicó todo su análisis a establecer si la «*pre-apertura*» del albergue ocurrió o no, cuando debió orientar su estudio a si «*el interventor y el fideicomitente*» certificaron dicho suceso, tal y como las partes

lo habían pactado en la «Nota» inserta en el «contrato de vinculación de inversionistas fideicomiso unidades NAO Cartagena 10043079337-0».

Vista así la denuncia, pronto se advierte que no se atiene a lo que dice el pronunciamiento combatido. Ciertamente, el fallador examinó profusamente el entramado contractual del proyecto hotelero con el fin de averiguar el querer de los negociantes, asimismo, se detuvo a verificar, no solamente la contingencia sobre la «pre-apertura» del alojamiento, sino, además, la comunicación de ese acontecimiento a los inversionistas.

En efecto, dedicó varios párrafos de sus motivaciones para auscultar esos dos eventos: la apertura anticipada del hotel y su enteramiento a los aportantes. Fue así que, anduvo de aquí para allá, determinando la fecha en que uno y otro acaecieron, valoró los testimonios practicados y los documentos obrantes en la *lid*, concluyendo que para el mes de mayo de 2015 se dio la «pre-apertura» y que de ello los interesados estaban suficientemente informados.

Es más, refiriéndose a la «certificación del interventor y el fideicomitente» el sentenciador realizó el siguiente análisis:

*«Pero aun si se pasara por alto lo ya expuesto, **sobre la comunicación rigurosa que tanto extraña el apelante**, se observa que el 1° de junio del 2015 -se da alcance a una comunicación de febrero de ese año- informando a los inversionistas sobre la apertura parcial al público del hotel en la modalidad soft -opening (...).*

En septiembre del 2015 igualmente se envió comunicado a los inversionistas manifestando: “en comunicación remitida el pasado

mes de junio, les informamos que el Hotel realizó una apertura parcial bajo la modalidad soft opening desde el 13 de mayo de 2015, con 124 habitaciones y otras áreas de servicio para los huéspedes. A la fecha, el Soft Opening ha resultado un ejercicio exitoso y ya se encuentran en funcionamiento 159 habitaciones y se han celebrado varios eventos que empiezan a posicionar al Hotel como uno de los mejores de la ciudad de Cartagena y de la región. (...)

Todos esos comunicados permitían aseverar que, cuando menos, en febrero del 2015 ya se había informado a los inversionistas sobre el estado de avance del hotel, encontrándose en procesos de pre -apertura ceñidos al contrato de operación hotelera. Entonces en uno y otro evento, esto es, el conocimiento directo del fideicomitente y ordenante del gasto del PA Grupo Promotor, o por los comunicados relacionados surgía para el contratante la obligación de solucionar su débito, el que se insiste, por obvias razones, debía estar en poder del proyecto con anterioridad a que se entrara a la etapa de operación». (Resalta la Sala, Fls. 24 y 25, archivo digital: 0015SegundaInstanciaCuadernoPrincipal).

En esas condiciones, en contravía con lo denunciado por el impugnante, el superior sí se refirió sobre la «*expedición del comunicado*», los pormenores en que ello tuvo ocurrencia y la manera en que los inversionistas tenían conocimiento del pre-estreno del alberge, por lo que, la censura es desenfocada.

3.2.- La **segunda** amonestación no es más afortunada.

3.2.1.- El párrafo 1° del artículo 344 de la nueva ley de enjuiciamiento civil ordena que en tratándose de infracción de «*normas de derecho sustancial*» si bien con ocasión del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por expreso mandato del artículo 162 de la Ley 446 de 1998, desapareció la exigencia de la denominada proposición jurídica completa, para cumplir esa exigencia no basta anunciar cualquier disposición de ese

linaje, sino las que constituyan base esencial de la decisión o porque han debido serlo, que permita su confrontación con la sentencia combatida para de este modo determinar si en verdad resultaron quebrantadas por el Tribunal.

Es necesario recalcar que, a riesgo de la inadmisión y deserción de la demanda, no puede el casacionista sustraerse de especificar los preceptos que poseen esa calidad, siendo tales, los que «*debido a una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación*» (CSJ AC 943, 19 mar. 2020, rad. 2016-00299; CSJ AC3484, 14 dic. 2020, rad. 2016-00112-01; CJS AC3661, 18 dic. 2020, rad. 2018-00094-01).

Pero sucede que, justamente, esa carga fue desatendida por el casacionista al sustentar este embate, porque si bien enunció las pautas presuntamente desconocidas, pretendiendo echar a pique el fallo confutado acusó la infracción directa del artículo 1618 del Código Civil y el canon 822 del Código de Comercio, pero esas disposiciones carecen del matiz de «*norma jurídica sustancial*», ya que, la primera pregona una regla de interpretación contractual, del cual se ha indicado reiteradamente no pertenece a esa categoría (CSJ AC653-2020, 27 feb., rad. 1998-00168-01; CSJ AC2930-2022, 21 jul., rad. 2019-00130-01; y recientemente AC2331-2023, 4 sep.); y en cuanto a la segunda, apenas hace una remisión a las normas civiles (CSJ SC328-2023, 21 sep.).

3.2.2.- Ahora bien, la Sala aprecia que justamente el artículo 1618 del Código Civil fue atril en de la decisión de segundo grado, de allí tomó pie el *iudex* plural para realizar la siguiente afirmación:

Entonces, como el debate se contrae a la interpretación del citado convenio, ha de recordarse que en dicha materia ha pregonado la jurisprudencia que en esta labor crítica debe el fallador tener en cuenta primeramente la regla contenida en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual, conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, de suerte que sólo puede acudirse a las demás pautas de hermenéutica cuando no surja con toda nitidez la necesaria coincidencia entre el escrito y el pensamiento de las partes.

Ello también significa que, como igualmente lo prevé el artículo 1602 del Código Civil, en el derecho positivo colombiano se otorgue prevalencia al postulado de la autonomía de la voluntad en esta materia, pues las normas que regulan los contratos y convenciones en general deben mirarse como supletorias del querer de las partes, desde luego, siempre y cuando el convenio respete el orden público y las buenas costumbres, y además se ajuste estrictamente a las formas propias que respecto de algunos acuerdos expresamente exija la ley.

De lo transcrito, no se evidencia una visión o un discernimiento descabellado o absurdo del mandato referido, en contraste, el *ad quem*, luego de traerlo a colación explicó que su inteligencia se armonizaba con el postulado de la prevalencia de la «autonomía de la voluntad» regente en los convenios privados, de ahí que, aun cuando la Corte diera paso al estudio de la presente acusación hallaría que el dislate atribuido es inexistente y, por ende, infructuoso el reclamo excepcional.

3.3.- En el **tercer cargo**, el opugnante critica la sentencia de segunda instancia porque se cercenó el correo electrónico de 7 de mayo de 2015 remitido por el «General

Manager de Intercontinental, pues, en su opinión, de haberse apreciado las líneas finales de ese folio, la Magistratura habría concluido que «*aún no existían las condiciones para la pre-apertura del hotel*» y que «*la condición para el pago que debía hacer la parte actora (...) había acaecido para ese momento y, por ende, existió mora del extremo demandante*».

No obstante, tal y como viene planteada esta censura, tampoco atiende los requisitos de técnica para ser admitida en casación.

3.3.1.- En primer lugar, se atisba que el propósito del casacionista es imponer su propia visión de lo que, en su sentir, se desprende del medio de convicción, para lo cual, expone su opinión acerca de lo que revela el mensaje aludido, para concluir que de allí se infiere una cosa distinta a lo encontrado por el Tribunal, lo cual sirve a propósito de elevar un reclamo en el escenario del proceso, pero insuficiente para minar la doble presunción de legalidad y de acierto del fallo combatido a través del recurso extraordinario de casación, por ende, lo esbozado no es más que un alegato propio de instancia.

3.3.2.- Así y todo, si eventualmente la Corte acometiera el estudio del embate y encontrara que, en efecto, el Tribunal mutiló el elemento suasorio citado se toparía con una verdad inocultable: La decisión de segundo grado estuvo soportada en otros medios probatorios como los testimonios de Esmeralda Ronsería, María Consuelo Pareja, Margarita María Cuervo y Antonio Lozano Pareja, las epístolas de 1° de

junio y septiembre de 2015, de donde el sentenciador pudo colegir que, por lo menos, para «*mayo de 2015*» ocurrió la «*pre-apertura*» del alojamiento.

Así las cosas, de hallarse demostrado el yerro denunciado las conclusiones de la providencia confutada aún seguirían en pie, porque estarían soportadas con las restantes probanzas que sirvieron al juzgador para tomar una decisión de mérito, de ahí que, la recriminación del casacionista sea trivial.

Valga la pena memorar, que de vieja data esta Corporación ha sostenido que, al soportar la censura en el segundo motivo de casación, es tarea ineludible del recurrente poner de manifestó la existencia del yerro por la desfiguración por parte del fallador de una prueba ausente o el desconocimiento de la que obre en el plenario o tergiversación de su real contenido; que dicha pifia raye al ojo por su protuberancia y, además, que sea trascendente en el sentido de la decisión, esto es, que de no haber ocurrido otro hubiera sido el veredicto, sin que en todo caso se limite a la exposición del propio parecer sobre la forma en que aquellas debieron ser evaluadas, amen «*que no cualquier yerro de esa estirpe es suficiente para infirmar un fallo en sede de casación, sino que se requiere que sea manifiesto, porque si se edifica a partir de un complicado proceso dialéctico, así sea acertado, frente a unas conclusiones también razonables del sentenciador, dejaría de ser evidente, pues simplemente se trataría de una disputa de criterios, en cuyo caso prevalecería la del juzgador, puesto que la decisión ingresa al recurso extraordinario escoltada de la presunción de acierto*» (CSJ SC

de 9 de agosto de 2010, Rad. 2004-00524-01, criterio reiterado en AC2931-2022, 21 jul.).

3.4.- Por último, el **cuarto** ataque está levantado en argumentos desfigurados. En efecto, la molestia del impugnante es porque, supuestamente, la Magistratura supuso un hecho sin estar probado, valga decir, la «*existencia*» de la misiva de que trata la «*Nota*» inserta en el «*contrato de vinculación*» motivo de litigio.

Por ningún lado se observa que el *ad quem* haya imaginado el «*comunicado*» aludido, en cambio, lo que sí se aprecia es que echó mano de la prueba testimonial y de la documental para inferir que PA Grupo Promotor, aquí demandante, tuvo conocimiento suficiente del momento en que se efectuó la «*pre-apertura*» del hotel, por consiguiente, sabía que era su obligación desembolsar el saldo restante de los aportes y como no lo hizo incurrió en mora, de tal manera que halló legítimo el desistimiento del acuerdo por parte de PA Unidades Hoteleras.

Ahora, lo que al parecer pretende el censor es teñir de duda el alcance demostrativo de las pruebas tenidas en cuenta por el sentenciador para dar por acreditado que la demandante supo el acaecimiento del pre-estreno del albergue, con eso de que no se estableció con exactitud «*la manera en que se evidenció la existencia de ese “comunicado”*», si es que, «*se trata de un escrito, de un impreso, de un plano, de un dibujo, o de cualquiera otra de las especies de las que habla el artículo 243 del CGP*». Si ello es así, se equivocó de senda, porque en aras de

cuestionar la ponderación jurídica o juzgar el mérito de una probanza para evidenciar un determinado hecho, ha debido erigir el reclamo por «*error de derecho*».

4.- Deviene de lo dicho, que el inconforme no satisfizo las previsiones del artículo 344 del Código General del Proceso, pues los argumentos desarrollados no poseen la aptitud para patentizar los yerros atribuidos al juzgador, por ende, es claro que la argumentación del impugnante no fue más allá de un alegato de instancia, que de ninguna manera es suficiente para sustentar las causales de casación acá planteadas; por el contrario, desconoce el carácter extraordinario de este recurso.

5.- Las anteriores razones imponen, por lo tanto, la inadmisión de las cuatro acusaciones y, consecuentemente, de la súplica en casación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada para sustentar la impugnación extraordinaria interpuesta contra la sentencia descrita en el encabezamiento de esta providencia.

SEGUNDO: En su oportunidad devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE,

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

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

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

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: D5F5D0FB81167A351B89C33C6B426D1592369B610EEE513BE760B70234FCCC37
Documento generado en 2023-11-24