



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

Magistrado Ponente

AC4839-2014

Radicación n° 11001-31-03-027-2009-00536-01

(Aprobado en sesión de dieciséis de julio de dos mil catorce)

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil catorce (2014).

Se decide a continuación sobre la admisibilidad de la demanda presentada por Banco del Estado S.A.- en Liquidación, para sustentar el recurso extraordinario de casación interpuesto frente a la sentencia de 18 de septiembre de 2013, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que adelantó en contra de Servitrust GNB Sudameris S.A.

ANTECEDENTES

1.- El accionante, según escrito de reforma al libelo, pidió declarar la invalidez en la tradición del predio San Martín Uno, hecha mediante escritura 149 de 27 de febrero

de 1996 de la Notaría de La Calera, inscrita en los folios de matrícula 50N-1165308 y 50N-20280169, por estar superpuesto con los lotes El Futuro y La Esperanza, con registros inmobiliarios 50N-20200027 y 50N-20165062, sin que hiciera parte del patrimonio autónomo Calera Mall – Lote San Martín.

Así mismo, que Servitrust GNB Sudameris S.A. «incurrió en culpa grave en el ejercicio de sus deberes de Fiduciario al momento de la constitución y durante la administración y representación» del patrimonio al otorgar ese instrumento, por lo que es «civil y personalmente responsable de los daños y perjuicios causados (...) con ocasión de las acciones y omisiones en que incurrió, los cuales debe indemnizar», estimados en doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000) por daño emergente, además del lucro cesante correspondiente a los intereses por esa suma desde, el 27 de febrero de 1996 a la ejecutoria del fallo (folios 7 y 8, cuaderno 2).

2.- Narró como supuestos fácticos los que se compendian así (folios 85 al 91, cuaderno 1; 6 y 7, cuaderno 2):

a.-) Promociones e inversiones Tresces S.A., que fue absorbida por Corfiestado S.A. y esta a su vez por Banco del Estado S.A., compró a Diego Villegas Correa «uno de los dos (2) lotes que conformaba el proyecto urbanístico Centro Comercial Calera denominado Mall Calera Plaza», con folio

de matrícula 50N-20104169, según escritura 148 de 27 de febrero de 1996 de la Notaría Única de La Calera.

b.-) La adquirente «*con absoluta buena fe y bajo el entendido de que estaba comprando*» el resto del predio celebró igual acuerdo con «*Fiduciaria Tequendama, la cual se fusionó y fue absorbida por Servitrust GNB Sudameris S.A., obrando como administradora del Patrimonio Autónomo Calera Mall – Lote San Martín*» por doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000), según escritura 149 de la misma fecha y lugar, con un área de siete mil setecientos cuarenta y siete metros cuadrados (7.747 m²), al cual se le asignó el folio 50N-20280169.

c.-) Este último predio se segregó de uno de mayor extensión de «*quince mil metros cuadrados (1.5 Has)*», con matrícula inmobiliaria 50N-1165308, que había transferido Álvaro Cortés Ayala a Gerardo Octavio Villafaña «*por medio de la escritura pública No. 6246 de 1994 de la Notaría 18 de Bogotá*», quien por el mismo instrumento celebró con Fiduciaria Tequendama «*contrato irrevocable de Fiducia Mercantil de Garantía, Patrimonio denominado Callera (sic) Mall- Lote San Martín*», traspasándole el bien a ese título.

d.-) La Fiduciaria no verificó en ese momento que el inmueble no tenía el área indicada y con anterioridad había sido objeto de dos segregaciones, una de mil cuatrocientos ochenta y siete metros cuadrados (1.487 m²) y otra de dos mil ochocientos metros cuadrados (2.800 m²), según ventas que hizo Álvaro Cortés Ayala a Luz María Murillo Ortega,

según las escrituras 2853 de 7 de octubre de 1993 de la Notaría 44 de Bogotá y 644 del 16 de septiembre de 1994 de la Notaría Única de La Calera, a las que se les dieron las matrículas 50N-20165061 y 50N-20200027.

e.-) La verdadera extensión del bien al constituirse el Patrimonio Autónomo Calera Mall – Lote San Martín era de aproximadamente cinco mil metros cuadrados (5.000 m²), por lo que lo negociado con Promociones e Inversiones Tresces S.A. «*excepto por un callejón afectado por servidumbre de tránsito y una diminuta e inútil fracción ubicada al interior del predio, no era parte del predio San Martín de mayor extensión*», pues, dos mil ochocientos metros cuadrados (2.800 m²) son del lote El Futuro y tres mil cuatrocientos siete metros cuadrados (3.407 m²) son del lote La Esperanza, con folios 50N-20200027 y 50N-20165062.

f.-) La diferencia entre los siete mil setecientos cuarenta y siete metros cuadrados (7.747 m²) anunciados y los seis mil doscientos siete metros cuadrados (6.207 m²) de la sumatoria de los dos lotes antes referidos, corresponde «*a la diminuta e inútil franja y callejón de servidumbre de tránsito*» para el acceso «*a la parte restante del predio San Martín ubicada en la parte alta del lote, extremo oriental del mismo, que se reservó Fiduciaria Tequendama para el Patrimonio Autónomo Calera Mall – Lote San Martín*».

g.-) El predio La Esperanza surgió del englobe que hizo Luz María Ortega de dos lotes de un mil cuatrocientos

ochenta y siete metros cuadrados (1.487 m²) y mil novecientos veinte metros cuadrados (1.920 m²), con folios 50N-20165061 y 50N-20037630, que luego enajenó a Fiduciaria Tequendama S.A. *«para la constitución del Patrimonio Autónomo Villafaña Muñoz»*, y pasó a manos del Banco Ganadero, Banco Comercial Antioqueño y Leasing Capital S.A. a título de dación en pago, pero en la actualidad figura a nombre de Heber Ramos.

h.-) La *«venta que Fiduciaria Tequendama S.A. hizo a Promociones e Inversiones Tresces S.A. constituyó una venta de cosa ajena y trasferencia con falsa tradición»*, con lo que le ocasionó un *«daño que debe indemnizar»*, sin que se pueda reclamar al Patrimonio Autónomo Calera Mall – Lote San Martín porque fue liquidado.

i.-) La Fiduciaria omitió verificar la real extensión del fundo, por lo que procedió con culpa de gestión cuando *«presentó a los acreedores garantizados a quienes expidió certificados de garantía y ofreció y vendió a Promociones e Inversiones Tresces S.A., la zona del terreno San Martín que denominó San Martín Uno (1) como si fuera del Patrimonio Autónomo Calera Mall – Lote San Martín sin serlo»*, además de que *«confundió los activos de los patrimonios autónomos que se obligó a representar y administrar (La Esperanza), y enajenó éste dos (2) veces»*.

j.-) Los recursos obtenidos de esa indebida transferencia fueron canalizados *«para pagar obligaciones a*

los acreedores garantizados por el patrimonio autónomo Calera Mall – Lote San Martín».

3.- Notificada Servitrust GNB Sudameris, se opuso y formuló como defensas «*inexistencia del presunto incumplimiento señalado por el demandante*», «*inexistencia de un vínculo contractual entre la Fiduciaria y el demandante*», «*inexistencia de la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad fiduciaria*», «*el comprador de haber sufrido un perjuicio, lo habría sufrido por su propia negligencia*» e «*imposibilidad de solicitar corrección monetaria y pago de interés de mora*» (folios 154 al 182, cuaderno 1).

4.- El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá negó las pretensiones, en fallo que apeló el accionante (folios 461 al 472 cuaderno 1).

5.- La sentencia del Tribunal lo confirmó, sustentado la decisión de esta manera (folios 44 al 67, cuaderno 5):

a.-) Las reclamaciones «*se enfilaron por la responsabilidad extracontractual, como que le atribuye a la entidad demandada, otra vez Fiduciaria Tequendama S.A., culpa en el cumplimiento de las obligaciones que le correspondían a propósito de la constitución y administración de del Patrimonio Autónomo Calera Mall – San Martín*», como se precisó en la reforma del libelo y al sustentar la alzada, de donde las

(...) obligaciones cuyo incumplimiento se le endilga a la parte demandada, y del cual el Banco del Estado S.A. En Liquidación pretende una declaratoria de responsabilidad, dimanan del contrato de fiducia que la Fiduciaria Tequendama S.A. celebró con el señor Villafañe Muñoz, solo que la solicitud de indemnización la hace la citada sociedad como tercero, pues no fue parte en dicho negocio jurídico, ni tampoco tiene la condición de beneficiario.

b.-) Ese tipo de responsabilidad es admisible, como lo señala la doctrina, debiéndose acreditar la conducta del agente, el daño y el nexo causal, siendo carga del gestor demostrar «*como fue que el susodicho incumplimiento le causó perjuicios por cuyo reclamo aboga, lo que, por ende, supone indagar cuáles fueron las obligaciones en cuya ejecución obró con “culpa grave”*».

c.-) De acuerdo con los artículos 1234, numeral 1º, y 1243 del Código Civil, el primero de los cuales se invocó como fundamento del pleito, el Fiduciario debe realizar con diligencia todos los actos necesarios para conseguir los fines de la fiducia y «*responderá hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión*».

d.-) El demandante no alegó ni probó que la indebida constitución del Patrimonio Autónomo «*por haberse integrado con un inmueble que no le pertenecía en su totalidad al Fideicomitente, haya impedido el cumplimiento de la finalidad de la aludida Fiducia*» y nada se dijo de que por el «*incumplimiento de los deberes de gestión de dicha empresa no haya sido posible la satisfacción de un crédito*

cuyo pago estuviese amparado con ese negocio jurídico», lo que impide «que las pretensiones del Banco del Estado se abran paso».

Lo pedido se concretó a que la representante del Patrimonio Autónomo efectuó «una “tradición inválida”, en el marco del contrato de compraventa que celebraron por medio de la escritura No. 149 de 27 de febrero de 1996 (fls. 64 a 82, *ib*)», lo que «nada tiene que ver con su objeto, y la parte interesada no hizo esfuerzo alguno para mostrar esa conectividad», siendo ajeno «a la responsabilidad derivada del presunto incumplimiento de los deberes de la Fiduciaria Tequendama S.A. de cara a la constitución y administración del Patrimonio Autónomo».

Y no puede decirse que «*lo que se cuestiona no es la violación de los principios esenciales del contrato de fiducia, sino de los principios esenciales de obrar de todo fiduciario*», porque «el sustento de las súplicas de la demanda no es otro que la indebida conformación del referido Patrimonio, lo que sin duda alguna impone analizar el contrato que le dio origen» y si «de hablar de los deberes del Fiduciario se trata, éstos no pueden ser concebidos sino en función de un contrato de fiducia», como emana del artículo 1234 del Código Civil.

e.-) Si se dejara de lado que la «*responsabilidad de la Fiduciaria en la constitución y administración del Patrimonio Autónomo está atada a la finalidad de la constitución de la fiducia*», igual sería el resultado puesto que si Fiduciaria

Tequendama S.A. «tenía la obligación de verificar la adecuada conformación del patrimonio», a la adquirente también le correspondía «verificar que en realidad dicho Patrimonio fuese el titular del derecho de dominio sobre la parte del lote que se le transfería», pues, estaban en la misma posibilidad de revisar el certificado de tradición y corroborarlo, como lo tiene previsto la jurisprudencia.

Aquí no se trata de un problema en el estudio de títulos, siendo que no se «requería de un mayor análisis» para advertir las inconsistencias señaladas, «sin que con esto se quiera decir, que si hubo la falsa tradición que se invoca».

La Fiduciaria no asumía «ninguna responsabilidad frente al problema de tradición que denuncia la parte demandante», si se tiene en cuenta que la obligación de transferir el dominio del referido bien la tenía el «señor Villafaña Muñoz, como consta en la cláusula novena de dicho negocios jurídico» y aquella se limitaría a «ejercitar el derecho de propiedad sobre el bien transferido en virtud del presente contrato, saliendo a la defensa del mismo cuando haya lugar, todo lo anterior con cargo al Patrimonio Autónomo o por cuenta del Fideicomitente» y al no recibir la totalidad del Lote San Martín, «no podía ejercitar sobre él en esa proporción la referida prerrogativa, pero se repite, no por su culpa sino por la del constituyente de la Fiducia».

f.-) Adicionalmente, no se acreditó el daño, porque si bien indicó que lo constituía «el precio que pagó por la

compra del Lote San Martín Uno (1) ... no demostró que por causa de esa supuesta falsa tradición no haya podido venderlo, ora porque jurídicamente no fuese su propietaria o porque no lo tuviera materialmente», lo que solo insinúo sin que se precisaran las «circunstancias de tiempo, modo y lugar en que una venta así se haya frustrado». Además, no sólo la accionante es titular del derecho de dominio sobre ese predio, sino que se recibió a conformidad en los términos de la cláusula primera de la escritura 149 de 27 de febrero de 1986 de la Notaría Única de La Calera.

g.-) Si se mirara la cuestión al margen de la finalidad del encargo fiduciario, «más bien como un medio para la administración de unos bienes para la construcción de un «mall», hay que ver que no hay ninguna conexión entre la falta de tradición de la totalidad del terreno que alega el Banco del Estado En Liquidación y ese proyecto», sobre lo que nada se dijo.

h.-) No puede afirmarse que la responsabilidad dependía de la declaratoria de que «la tradición que se le hizo del Lote San Martín Uno (1) era inválida», al ser súplicas «independientes a las demás», que tampoco se abren paso, porque a quién debía demandarse por la superposición de los lotes era al «ente que realizó dicha tradición, esto es, el Patrimonio Autónomo Calera Mall – Lote San Martín», toda vez que «los perjuicios que pretendan derivarse de haberse efectuado una tradición “inválida” no pueden mirarse sino desde la óptica de lo contractual, atribuibles al creador del daño, que no es otro, que el aludido Patrimonio Autónomo».

Incluso, «el supuesto fáctico sobre el cual se funda la “invalidez” de la tradición, no se demostró en forma fehaciente», por varias razones:

- (i) No se conoce la real extensión del Lote San Martín, si se observa que en la escritura 529 de 21 de febrero de 1959 de la Notaría Séptima de Bogotá, «por medio de la cual el mencionado señor Cortés adquirió el Lote San Martín no se describe su área», como se admite al descorrer el traslado de las excepciones, presentando varias inconsistencias las ventas y segregaciones posteriores.
- (ii) De asumir que «el área real del Lote San Martín eran 15000 m², no se ve cual es la razón para la que se piense que los 7747 m² que se le vendieron a la parte actora correspondían a los 4287 m² de propiedad de la señora Murillo Ortega, si restaban 7253 m², que bien pudieron ser los que enajenaron dos veces».
- (iii) La experticia no esclareció esas inexactitudes «en virtud de la falta de colaboración de las partes» y si el experto guardó silencio «sobre la sobreposición alegada fue porque el Banco del Estado S.A. En Liquidación no pidió semejante verificación».
- (iv) A pesar de que al confrontar los linderos del Lote San Martín Uno (1) y los adquiridos por Luz Marina Ortega «con el levantamiento topográfico» de la zona que obra en el expediente «pareciera que los últimos se encuentran dentro

del primero, pero no existe certeza, puesto que hay inconsistencias en los linderos que se utilizaron para hacer la respectiva ubicación en el plano».

(v) No está probado «que el aspecto de las áreas que le corresponden a cada uno de los predios a los que se hizo referencia hayan sido objeto de discusión o litis alguna» lo que sin duda se hubiera dado «de existir identidad entre el Lote San Martín Uno (1) y los predios La esperanza y El Futuro».

(vi) De los documentos exhibidos por la opositora en diligencia, «que conforman el cuaderno III, no se colige cosa diferente a la ya anotada, en la medida que allí se describen simplemente las características de los distintos inmuebles que ocupan el Lote “San Martín”, sin que pueda concluirse que los lotes La Esperanza y El Futuro hacen parte del área del predio San Martín Uno (1)».

6.- El apelante interpuso recurso de casación que concedió el Tribunal (folios 79 al 80, cuaderno 5). La Corte lo admitió el 22 de enero del año en curso (folio 5).

7.- En tiempo hábil se presentó la correspondiente sustentación de la impugnación (folios 8 al 78).

CONSIDERACIONES

1.- El numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil consagra que el escrito por medio del

cual se provoca esta vía extraordinaria debe contener "*l]a formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa*", derivándose para el censor la obligación de respetar las reglas de técnica que faciliten la comprensión de los puntos con que pretende rebatir los sustentos del proveído atacado. Precisamente esa característica dispositiva impide que las deficiencias observadas sean subsanadas directamente y a iniciativa propia por la Corporación.

Así lo precisó la Sala en autos de 16 de agosto de 2012 y 12 de julio de 2013, rad. 2009-00466 y 2006-00622-01, al exigir que

(...) sin distinción de la razón invocada, deben proponerse las censuras mediante un relato hilvanado y claro, de tal manera que de su lectura emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprendible y deriven en deserción, máxime cuando no es labor de la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes al plantearlos.

2.- Se formulan contra la sentencia cuatro ataques, uno de ellos con base en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y los tres restantes por vulneración de normas sustanciales, dos aduciendo errores de hecho, tanto en la interpretación de la demanda como en la valoración probatoria, y el último de forma recta, en los siguientes términos:

a.-) Primer cargo

Acusa la decisión de incongruente «*por no estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda*».

Lo fundamenta en que:

- (i) Se omitió el análisis del hecho denunciado como culposo

(...) determinado en la demanda como “la causa directa del daño” o una de las causas directas del daño, consistente en la conducta de la Fiduciaria, que actuando en desarrollo de dicha calidad, ejerciendo la representación y vocería del Patrimonio Autónomo, compareció a la notaría y otorgó la escritura pública de venta en la que declaró que el bien pertenecía al patrimonio autónomo sin serlo (resaltado del texto).

Demostrada la inexistencia del inmueble y la destinación que se le dio al precio pagado por el mismo, «*la citada conducta, es la causa directa o una de las causas directas, necesaria y suficiente del daño*», pero en el fallo al resolver las pretensiones tercera y cuarta «*relativas a la responsabilidad civil extracontractual de la Fiduciaria, concretamente la conducta culposa, el Tribunal apreció la calificación de “Fiduciario” a que se refiere la pretensión Tercera de la demanda, de manera segada y limitada, desde la óptica exclusiva del contrato de fiducia*», analizando únicamente «*si hubo incumplimiento de las obligaciones de la Fiduciaria dentro del contrato de fiducia respecto a la constitución y administración del Patrimonio Autónomo*».

(ii) El juzgador estudió «sólo la omisión achacada a la Fiduciaria al momento de la constitución del patrimonio autónomo, el no haber verificado su efectiva conformación, analizó el objeto de la fiducia y las obligaciones a cargo de la fiduciaria, y por falta de conexidad, como es lógico, por esta vía la descartó».

(iii) Si se hubiera revisado «la culpa de la Fiduciaria, desde la óptica del profesional especializado en el específico servicio financiero e inmobiliario, y por el hecho de haber comparecido a la Notaría Única de La Calera como representante y vocero del patrimonio autónomo y haber otorgado la escritura pública de venta» del bien como si perteneciera a éste, sin ser así, la decisión «frente al punto habría sido la opuesta, pues habría concluido que el hecho fue acción de la fiduciaria y fue “potencialmente dañino”», por que «si la Fiduciaria no hubiera hecho la declaración contraria a la realidad, Promociones e Inversiones Tresces no habría comprado el lote y no habría entregado la suma que pagó como precio. El daño se habría evitado. El hecho es una “concausa necesaria y suficiente” (subrayados del texto).

(iv) Consecuentemente, si se «hubiera apreciado la prueba “Reina” omitida y no hubiera tergiversado las que tergiversó habría tenido como acreditada la inexistencia del predio como activo del Banco en Liquidación, y habría revocado la sentencia impugnada y como juez de instancia habría acogido las pretensiones de la demanda».

b.-) Segundo cargo:

Amparado en la causal primera denuncia la violación indirecta de los artículos 305 del Código de Procedimiento Civil, 55 de la Ley 270 de 1996, 2341 y 2342 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la demanda.

Hace consistir el reparo en que:

(i) Se infringieron los artículos 305 del Código de Procedimiento Civil y 55 de la Ley 270 de 1996, al no referirse al hecho planteado como causante del daño, «*como lo es la comparecencia a la notaría y haber hecho en la escritura una declaración contraria a la realidad, que el inmueble era de propiedad del patrimonio autónomo sin serlo*» y el 2341 y 2342 del Código de Comercio por que no concluyó que «*la conducta denunciada como causante del daño, es causa eficiente y necesaria del mismo, y tiene relación de causalidad*» y que «*el Banco tiene derecho a obtener la indemnización de perjuicios por el daño a que se refiere la norma*».

(ii) El resto de la fundamentación reproduce literalmente el primer ataque.

c.-) Tercer cargo:

Denuncia la infracción de los artículos 187, 241 y 254 numeral 1° del Código de Procedimiento Civil; 740, 752,

756, 759, 2341 y 2342 del Código Civil; 822 y 922 del Código de Comercio; y 49 del Decreto 1250 de 1970, subrogado por el artículo 50 de la Ley 1579 de 2012; por errores de hecho manifiestos y trascendentales en la apreciación de las pruebas.

Lo desarrolla en estos términos:

(i) La vulneración de las normas consiste en no apreciar *“las pruebas en conjunto, en especial el dictamen pericial, lo analizó aislado y no en conjunto con el plano de la escritura No. 149 de 1996 de la Notaría de La Calera, ni con los textos de los linderos en las escrituras de los predios involucrados, ni con el oficio del IGAC”*, restándole convicción por *“inconsistencias respecto de los nombres de los titulares, cuestión que es intrascendente, y por el contrario el perito demostró que hizo la revisión de los predios en campo y verificó las escrituras, los folios y los planos, y aportó el título del lote segregado del predio La Esperanza con lo que acreditó la propiedad y ubicación del mismo”*; no concluir que el pago del precio de un bien inexistente *“constituye un daño cierto, real y directo”*, que *“la sola entrega que se hizo del lote al adquirente no lo habría convertido en dueño”*, que no fue válida la tradición porque el Patrimonio Autónomo *“no era el dueño del mismo”* y que, por ende, *“no transmitió derecho de dominio”*; no deducir que *“la unidad catastral a que se refiere el lote San Martín Uno (1) y el folio 50N-20280169 no existe porque son en realidad otras unidades distintas, y habría impartido las órdenes a Registro para adecuar a la realidad la anotación No. 8 del folio 50N-*

1165308», carente de valor «por no ser la escritura pública de venta No. 149 de 1996 de la Notaría de La calera un título apto para transferir dominio del citado predio por constituir una venta de cosa ajena»; y negar «que las copias de las escrituras expedidas por el Notario Dieciocho de Bogotá, en las que en el sello dice “simple”, tienen, en virtud de la ley, el mismo valor que el original».

(ii) Las pruebas erróneamente apreciadas fueron:

1°) Las copias de las escrituras allegadas en «copia auténtica, expedidas por el Notario Dieciocho de Bogotá, esto es la 236 de 1994, la 6752 de 1994, la 6631 de 1997», al no darles «valor probatorio y sin embargo analizó la No. 6752 en cuanto a su contenido, cuestión que en principio resta relevancia al cargo, sin embargo, se alega el hecho en este cargo, debido a la posibilidad de que sean apreciadas por la Corte».

2°) El oficio N° 6.10/1322 del IGAC, que no vio ni valoró, siendo que «da certeza del hecho de la sobreposición de predios, y en consecuencia, de la existencia de falsa tradición, no sólo respecto del área de 1.487 m², como equivocada y reiteradamente lo analizó el Tribunal en el fallo, sino de los 3.407 m² de todo el lote La Esperanza».

3°) La pericial que se tergiversó, «porque no vio que efectivamente demostró la sobreposición, y desvió la atención, para efectos de restarle valor a aspectos irrelevantes, tales como los nombres de los propietarios de

los predios colindantes que según el Tribunal presentan inconsistencias», cuando lo extraño fuera que «coincidieran totalmente, ya que se refieren a títulos distintos sobre el mismo predio, elaborados por personas diferentes, en momentos y circunstancias distintas», siendo que

según el plano elaborado por el auxiliar (fl. 318) y el informe, dentro del predio San Martín Uno (1) se encuentran los predios, contiguos entre sí, denominados El Futuro, con sus dos zonas que lo conforman (predio A y predio B), y La Esperanza, formado por el englobe de los distinguidos en el plazo como predio (a) y predio (b), una ínfima, diminuta e inútil zona triangular que aparece achurada en el plano ubicada entre los predios (B) y (b), cuyos dos de sus lados miden 44,90 mts. y 55,00 mts., y el callejón de acceso entre los puntos S, L, X o E, D, C2, C1, M y K, que hace parte del lote San Martín (parte restante), a modo de quien pone una mano contra la otra para aplaudir.

El Tribunal «se dolió de que el dictamen no hubiera sido concluyente o no hubiera arribado a la conclusión de que se presentó la sobreposición objeto central de la prueba», sin embargo, con el anterior resultado, no era necesario «que el perito dijera expresamente que había sobreposición».

4º) La escritura pública 6331 de 1997 de la Notaría 18 de Bogotá, «en concordancia con el folio de matrícula 50N-20165062 y con las cartas de Avaluadores Asociados (CE-200-02 de febrero 20 de 2002), y BBVA Colombia de fecha 22 de septiembre de 2005, en lo que respecta a la tenencia material del predio La Esperanza, porque en este aspecto las omitió», de los cuales se desprende que «el recibo material del

predio San Martín Uno, que da cuenta la declaración del representante de Promociones e Inversiones Tresces en la escritura No. 149 de 1996, subsistió hasta que la misma Fiduciaria, a modo de despojo, volvió a entregar el predio La Esperanza a los acreedores financieros nuevos propietarios a quienes se los enajenó».

(iii) En cuanto al daño, que se cuestionó por no demostrarse que se frustró la venta del bien «*a pesar de tener el folio de matrícula en el que aparece como dueño y a pesar de que lo recibió a entera satisfacción*», esa prueba no la iba a encontrar en vista de la «*imposibilidad jurídica de vender el predio porque el mismo no era de su propiedad, solo en apariencia, porque la ley ordena “realizar”, enajenar, “los bienes del deudor” - artículo 95 de la Ley 22 (sic) de 1995 -, previsión que no incluye lo ajeno*».

No obstante que el Banco «*recibió el predio, la misma fiduciaria con posterioridad le arrebató una parte (lote La Esperanza) para entregárselo al nuevo y verdadero propietario, y que la ley limita la gestión de los liquidadores a realizar los bienes del deudor*».

Si el juzgador hubiera apreciado el Oficio del IGAC y el dictamen «*le sería forzoso concluir que estaba acreditado que existe sobreposición de predios y por tanto debía examinar cuál o cuáles de ellos presentan falsa tradición, lo cual también omitió*», para precisar que «*la tradición del predio San Martín es la inválida, y habría tenido que, por lo menos, modificar la sentencia impugnada y en su lugar acceder a las*

súplicas de las pretensiones Primera, Segunda y Sexta, y además, contaría con la prueba trascendente y suficiente de la existencia del daño».

(iv) Verificado el daño «el Tribunal habría tenido que proceder a analizar la relación de causalidad entre la culpa y el daño, lo cual debe abordar La Corte en la sentencia que profiera».

d.-) Cuarto cargo:

Anuncia la violación directa de los artículos 1226 y 1227 del Código de Comercio; 73 del Código Civil y 44 del Código de Procedimiento Civil.

Lo puntuiza así:

(i) De haber aplicado los artículos 1226 y 1227 del Código de Comercio «habría concluido que el Patrimonio Autónomo no es persona jurídica de las que se refiere el artículo 73 del Código Civil, y habría concluido que la capacidad para ser parte y comparecer al proceso que regula el artículo 44 del C. de P. C. se satisface con la comparecencia de la Fiduciaria».

(ii) Los artículos 44 del Código de Procedimiento Civil y 73 del Código Civil regulan lo relativo a la capacidad para ser parte y comparecer al proceso, por lo que fueron interpretados erróneamente al estimar que «los patrimonios autónomos cuya vocería ejecuta la fiduciaria, tienen

posibilidad de ser parte del proceso, como si se tratara de personas jurídicas», siendo que «la presencia de la Fiduciaria en el proceso, que otra vez fue la vocera del patrimonio autónomo que aparentemente fue el titular del predio enajenado, y que a la presentación de la demanda estaba liquidado, es necesaria y suficiente condición para tener por trabada la litis», pudiéndose fallar de fondo lo relacionado con la posible invalidez de la tradición.

(iii) El artículo 54 del Código General del Proceso «eleva a expresa consagración normativa, lo que en aplicación del principio general rector del C. de P. C. sería la solución» al indicar que «los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes» y que «en el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera».

(iv) El que esté liquidado el Patrimonio Autónomo no impide resolver «si la tradición que se efectuó de un supuesto bien de aquél, cuando el contrato de fiducia que lo conformó estaba vigente, siempre y cuando la Fiduciaria que lo celebró esté vinculada al proceso», sin que se pudiera decir que el proceso está incurso en nulidad al no existir «nadie distinto a quien se haya debido citar».

3.- El principio de autonomía de las causales de casación implica que los argumentos en que se sustenta la censura estén acordes con el motivo por el cual se opta,

pues, a pesar de que es viable el planteamiento de varios embates contra la sentencia, cada uno de ellos debe estar debidamente delineado y ser independiente en su exposición, teniendo en cuenta las especiales particularidades que entrañan.

Es así como el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 contempla que *“[n]o son admisibles cargos que por su contenido sean entre sí incompatibles”*, como ocurre cuando se endilgan errores de hecho y derecho respecto de un mismo medio de prueba; se invoca de manera coetánea la infracción de normas sustanciales por las sendas recta e indirecta; o se entremezclan *yerros in iure* con *in procedendo*; toda vez que se repelen.

Las censuras que en esta oportunidad se exponen deben cumplir con los siguientes aspectos técnicos:

a.-) Cuando se acude en casación por la vulneración de normas sustanciales, tiene dicho la Corte que

(...) aunque todas las especialidades del primer motivo que contempla la ley para agotar está vía extraordinaria, coinciden en la necesidad de individualizar los preceptos atributivos o declarativos de derechos, que se consideren afectados, su sola cita no es suficiente sino que debe existir un planteamiento claro y detallado respecto a la forma como se produce tal infracción. Así, cuando se invoca la vía recta, prescindiendo de la comprensión que del aspecto fáctico de la controversia hubiera hecho el fallador, debe señalarse si se tuvieron en cuenta fundamentos legislativos que no correspondían, si a pesar de ser

los idóneos se les dio una hermenéutica contraria o si simplemente fueron pasados por alto. Si se acude a la indirecta, debe precisarse si se han infringido normas probatorias, explicando su dicho, o, en su defecto, si es producto de una equivocación manifiesta en la apreciación de la demanda, su contestación o determinada prueba, en cuyo caso debe formular un planteamiento lógico que lo demuestre (CSJ AC de 21 de febrero de 2012, rad. 2008-00322).

Si tal infracción es en forma directa, la Sala ha precisado que

(...) se debe partir de la aceptación integra de los hechos tenidos por probados en la sentencia, esto es, obviando cualquier discusión sobre aspectos probatorios o la valoración y alcance de los medios de convicción obrantes, debiéndose limitar la formulación del ataque a establecer la existencia de falsos juicios sobre las normas materiales 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 asumirles efectos para situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se concluye de las mismas un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea (sentencia de 1° de noviembre de 2011, expediente 2006-00092).

La vulneración indirecta se configura ya sea como consecuencia de un «*error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba*».

El *yerro de facto*, como lo señaló la Corporación en AC de 27 de marzo de 2012, rad. 2007-01425, requiere que

(...) previa individualización de las estipulaciones de derecho material que se señalen indirectamente afectadas, "el recurrente debe poner en tela de juicio el discernimiento que el juzgador haya realizado sobre las pruebas, la demanda o su contestación, supuesto éste en el que resulta necesario que el casacionista señale si ese error se presentó en la apreciación objetiva del medio probatorio, bien por suposición, preterición o tergiversación de su contenido (Auto de 22 de febrero de 2010, ref. 1999-07596).

En ambas categorías, en lo que a la valoración probatoria se trata, se exige una labor demostrativa de la relevancia de la equivocación, por haberse proferido una sentencia contraria a lo que arroja una idónea tasación de los medios de convencimiento, pero tomando en consideración ciertas peculiaridades.

Si se trata de un *yerro de facto*, debe orientarse a la estimación objetiva de las pruebas, ya sea por suposición o preterición. En caso de que se acuda al de *jure*, el esfuerzo se centra en una indebida interpretación de las regulaciones adjetivas que rigen su producción, la desatención de las mismas, la falencia al fijar su eficacia o el incumplimiento del deber que consagra el artículo 187 *ibidem*, en cuyo caso la labor se hace más compleja, pues, amerita el análisis de lo que arroja cada una de las que a juicio del censor fueron aisladas y la manera como se cohesionan con todas las que sustentan el fallo.

La Corporación en ese sentido ha expuesto que

(...) la demostración de los yerros de apreciación probatoria por cuya causa puede el sentenciador llegar a transgredir una norma de índole sustancial comprende dos fases: Una, que es la de la trascendencia del error, común a ambas clases de error, comporta que una vez establecido el desacuerdo cometido por el juzgador al apreciar la prueba, se demuestre que éste lo llevó forzosamente a la determinación enjuiciada como violatoria de la ley. La otra, en cambio, asume diferente significación según sea la clase de error, pues al paso que en el de hecho la apreciación cumplida por el juzgador debe ser examinada teniendo como punto de referencia la objetividad del medio probatorio, en el de derecho la estimación cumplida se ha de pasar por el tamiz de las normas que disciplinan la actividad probatoria. Sin embargo, vista la cuestión desde otra perspectiva, se trata, en ambas clases de error, de llevar a cabo una labor de confrontación, cuyos pasos deben ser los siguientes: (...) En el error de hecho debe ponerse de presente, por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y, por el otro, el texto concreto del medio, y, establecido el paralelo, denotar que existe disparidad o divergencia entre ambos y que esa disparidad es evidente (...) En el error de derecho -cuyo ineludible punto de partida es la percepción material u objetiva del medio por parte del sentenciador-, también es del caso llevar a cabo una comparación entre la sentencia y el medio, según se ha anticipado, más en este supuesto lo será para patentizar que conforme a las reglas propias de la petición, decreto, práctica o apreciación de las pruebas, el juicio del sentenciador no podía ser el que, de hecho, consignó. En consecuencia, si dijo que la prueba era apta para demostrar el hecho o acto, debe hacerse notar que no lo era en realidad; o si la desestimó como idónea, debe puntualizarse que sí era adecuada. Todo, con sujeción a las

susodichas normas reguladoras de la actividad probatoria dentro del proceso, las cuales, en consecuencia, resultan quebrantadas, motivo por el cual y a fin de configurar el error, debe denunciarse su violación" (SC del 15 de septiembre de 1993, citada en la del 13 de octubre de 1995, rad. 3986 y reiterada, entre otros, en AC del 13 de enero de 2013, rad. 2009-00406).

Y en AC de 23 de noviembre de 2012, rad. 2006-00061-01, en el que se cita SC de 16 de diciembre de 2004, rad. 7459, memoró que

"[s]obre la apreciación de las pruebas en conjunto y la exposición razonada que se le debe dar a cada una de ellas, exigencias impuestas al sentenciador por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, (...) su impugnación en casación por error de derecho no queda ajustada del todo a la técnica por la indicación abstracta de la violación de la citada preceptiva, sino que además, es indispensable, entre otros, que el defecto sea en la apreciación normativa de la prueba y no se sustente en deficiencia fáctica, como la preterición de la prueba, porque el yerro que debe endilgarse debió ser el de hecho y no el de derecho. Además, es imperativo, por lo arriba expuesto, que la indicación de tal yerro de derecho, a pesar de referirse a falta de apreciación global, debe ir acompañada de la determinación o singularización (como lo exigen los artículos 368, num.1, y 374, num.3, C. de P. C.) de todas y cada una de las pruebas, que a juicio del recurrente no fueron objeto de apreciación conjunta; indicación ésta que, por lo demás, debe ser completa en el sentido que abarque la apreciación en conjunto de todo (y no de una parte o grupo) el acervo probatorio que sostiene el fallo, la que debe ir acompañada de su comprobación con la indicación de los pasajes donde quede demostrada completamente la falta absoluta de la mencionada integración y estimativa global, pues no apareciendo de esta manera, se

mantiene la presunción de acierto en esta materia, que, por lo tanto, deja invulnerable el fallo por ese motivo' (sentencia número 103 de 6 de mayo de 1991, no publicada aun oficialmente). (...) Y también ha sostenido que, por cuanto el artículo 187 ibidem exige la apreciación de los elementos de certeza en conjunto, 'el desconocimiento de tal mandato por parte del fallador da lugar a un error de derecho', porque en tal supuesto 'se desconocería una prescripción de la ley instituida para evaluar las pruebas', por lo que, con el propósito de que ese dislate aflore, debe el impugnador 'demostrar que la tarea evaluativa de las distintas probanzas cumplida por el sentenciador se llevó a cabo al margen del análisis de conjunto pedido en el artículo 187, o sea, poniendo de manifiesto cómo la apreciación de los diversos medios lo fue de manera separada o aislada, sin buscar sus puntos de enlace o de coincidencia. Ese y no otro debe ser el criterio a seguirse cuando de individualizar este tipo de yerro se trata. En consecuencia, si, con prescindencia de las conclusiones obtenidas en el campo de los resultados de la prueba, pues es asunto que cae en el terreno rigurosamente fáctico, la referida tarea valorativa se ciñó a la norma citada, no será admisible la prédica del error cuando bajo el pretexto de su demostración, lo que persigue es la sustitución del examen de conjunto realizado por el sentenciador por el que proponga el recurrente. Expresado de otra manera, se debe tener un cuidado sumo para que el planteamiento no derive hacia el aspecto de la objetividad de los hechos pues en éste la cuestión queda ya bajo el influjo del error de hecho que, como se sabe, tiene una naturaleza distinta a la del error de derecho' (G. J, t. CCVIII, pags. 151 y 152)".

b.-) Ya en lo que se refiere a la causal segunda por incongruencia, el alegato debe encaminarse a demostrar una disconformidad evidente entre lo narrado y exigido en el libelo, en conjunto con el comportamiento asumido por el

oponente en sus defensas, frente a lo consignado en el fallo, de tal manera que sea palmar que lo decidido es ajeno al debate.

Al respecto la Sala en AC de 11 de noviembre de 2011, rad. 2008-00956, indicó que

(...) invocada la inconsonancia de la sentencia recurrida, el censor en su exposición debe explicitar e identificar con exactitud dónde está la desarmonía, como lo advirtió la Sala al señalar que “aceptándose que el cargo está montado sólo sobre la incongruencia, se tiene que no fue cabalmente fundamentado, en la medida que no muestra el vicio que le enrostra a la sentencia opugnada, cuestión que el recurrente debió suplir cotejando el contenido objetivo del escrito incoativo del litigio -pretensiones y hechos- con la parte dispositiva del fallo censurado” (auto de 22 de mayo de 2008 y reiterado en el de 6 de febrero de 2009, expediente 2003 00423 y 1999-00591) (...) Por tanto, no es suficiente con esbozar una falta de coherencia en lo decidido, sino que su planteamiento, para que sea completo, debe comprender la contraposición del fallo con todos los elementos debatidos al interior del litigio y que incidirían en su proferimiento, esto es la demanda, la contestación y las excepciones propuestas, al tenor del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, de tal manera que aparezca de bulto una real desarmonía con el contexto.

En principio, este motivo es ajeno a los fallos completamente adversos a quien provoca el conflicto, por la solución íntegra que brindan frente a lo pretendido, sin que dejen campo a la duda o pueda decirse que hay discordancia entre lo decidido y el reiterado reclamo del

gestor. No obstante, puede acudirse a él si se advierte un desvío considerable de los hechos o las argumentaciones de las partes en sus memoriales, como si la interpretación personal del sentenciador prevaleciera sobre los límites claramente definidos por ellas. Lo que también ocurre si se tienen por probadas, de oficio, las defensas que omitió plantear el opositor al apersonarse del proceso, estando a su exclusivo cargo, como sucede con la prescripción, la nulidad relativa y la compensación.

La Sala en AC de 19 de diciembre de 2013, rad. 2009-00532, recordó como

(...) la Corte, en forma constante, ha señalado que, "en línea de principio, las sentencias completamente absolutorias no son vulnerables a los ataques por inconsonancia, pues "como es fácil advertirlo, siempre que el sentenciador resuelva sobre la totalidad del litigio, no existe ninguna trasgresión al principio de la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, como quiera que, en tal caso, se cumple a plenitud con la función jurisdiccional en ese proceso, sin que para ello tenga trascendencia si al decidir se acogen o se deniegan las pretensiones de la demanda, pues, en el evento de que el fallo sea adverso al actor, éste no resulta incongruente", ya que "distinto de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario".(G.J. T. LII, Pág. 21 y CXXXVIII, Pág. 396 y 397, G.J. t. CCXLIX, Pág. 748, doctrina reiterada en sentencias de casación civil de 15 de marzo de 2004, Exp. No. 7132 y 19 de enero de 2005, Exp. No. 7854)" (Cas. Civ., sentencia de 2 de diciembre de 2009, expediente No. 2003-00596-01).

Y en SC de 16 de junio de 2009, exp. 2003-00003, resaltó que

(...) el criterio atinente a que la sentencia totalmente absolutoria no es susceptible de ser cuestionada por la vía de la inconsonancia, se atempera en casos como, en primer lugar, cuando el fallador se aparta sustancialmente de la relación fáctica expuesta por las partes en la demanda o en su contestación para acoger, sin fundamento alguno, su personal visión de la controversia, esto es, "al considerar la causa aducida, no hace cosa distinta que despreocuparse de su contenido para tener en cuenta únicamente el que de acuerdo con su personal criterio resulta digno de ser valorado", o expresado de otra manera, corresponde a "un yerro por invención o imaginación judicial, producto de la desatención o prescindencia de los hechos de la demanda" (fallo N° 225 de 27 de noviembre de 2000, expediente 5529); y, en segundo término, cuando, en tratándose de excepciones de fondo, declara probada alguna de las que por mandato legal deben ser invocadas expresamente por la parte demandada, como son la prescripción, la nulidad relativa y la compensación, ya que "no es factible descartar que un fallo de ese linaje sea el producto de haberse declarado una excepción respecto de la cual no operaba el principio inquisitivo, como la prescripción, la compensación o la nulidad relativa, excepciones estas que, como se sabe, para su estudio y reconocimiento deben "alegarse en la contestación de la demanda" (artículo 306 del Código de Procedimiento Civil)", sentencia de casación N° 007 de 7 de febrero de 2000, reiterada en la N° 166 de 24 de noviembre de 2006, expediente 9188-01)".

4.- Los ataques referidos no cumplen con los parámetros que exige este medio extraordinario de contradicción, por estas razones:

a.-) El primero, por inconsonancia, se dirige contra una sentencia completamente adversa a los intereses del accionante, pues, confirmó la resolución del a quo de «*negar las pretensiones de la demanda*», sin que en el planteamiento se consolide alguno de los casos de excepción que justifican su examen.

Baste con resaltar que, de conformidad con el escrito de reforma al libelo, la declaratoria de responsabilidad de «*Fiduciaria Tequendama S.A. hoy Servitrust GNB Sudameris S.A.*» y la aspiración indemnizatoria de los numerales cuarto y quinto, se exigen como consecuencia de que la opositora «*incurrió en culpa grave en el ejercicio de los deberes de Fiduciario al momento de la constitución y durante la administración y representación del patrimonio autónomo Calera Mall – Lote San Martín, en perjuicio de Promociones e Inversiones Tresces S.A., hoy Banco del Estado*».

Esa delimitación fue la que tuvo en cuenta el Tribunal para abordar el estudio del caso, como primera medida, «*por la senda de la responsabilidad extracontractual, como que [se] le atribuye a la entidad demandada, otrora Fiduciaria Tequendama S.A. culpa en el cumplimiento de las obligaciones que le correspondían a propósito de la constitución y administración del Patrimonio Autónomo Calera Mall – San Martín*». Así se pidió y ese fue el sentido del fallo en su comienzo, lo que ameritaba verificar las obligaciones que del contrato de fiducia surgieron para la contradictora, así como si en el cumplimiento de las

mismas se perjudicaron a terceros no involucrados en ese pacto en concreto.

El que se concluyera por ende que no se demostró conectividad entre la aducida «*tradición inválida*» y el objeto de la Fiducia, desarticulándose así la exposición del promotor, independientemente de que se comparta o no dicho criterio, no constituye una desviación marcada del sendero trazado para desentrañar el pleito o la advertencia de defensas que sólo debía proponer la contendiente.

Incluso, no se puede perder de vista que el juzgador, a pesar de establecer de entrada la improcedencia de lo buscado, pasó a exponer varios motivos de fracaso si se le diera un alcance diferente, incluyendo «*la culpa de la Fiduciaria, desde la óptica del profesional especializado en el específico servicio financiero e inmobiliario*» que extraña el recurrente.

En ese sentido precisó el *ad quem* que

*Y no se diga, como se replicó al descorrer el traslado de las excepciones que lo que se cuestiona no es la violación de los principios esenciales del contrato de fiducia, “sino de **los principios esenciales de obrar de todo Fiduciario**”, (fl. 308, ibidem, el destacado es original del texto), porque como quedó visto de los apartes que se transcribieron de la demanda y del recurso de apelación presentados por Banco del Estado S.A. En Liquidación, el sustento de las súplicas de la demanda no es otro que la indebida conformación del referido Patrimonio, lo que sin duda alguna impone analizar el contrato que le dio origen; y en*

todo caso, si no lo estuvieran, el punto es que si de hablar de los deberes del Fiduciario se trata, éstos no pueden ser concebidos sino en función de un contrato de fiducia».

Lo que corresponde a un pronunciamiento específico, aunque desfavorable, sobre un criterio del opugnador y no a una disparidad de lo perseguido con lo que fue negado.

Además, cuando éste recalca que si se «*hubiera apreciado la prueba “Reina” omitida y no hubiera tergiversado las que tergiversó habría tenido como acreditada la inexistencia del predio como activo del Banco en Liquidación, y habría revocado la sentencia impugnada*», se inmiscuye en aspectos de valoración de los medios de convicción, de que se ocupa la vía indirecta por error de hecho, cuando constituyen dos clases de ataques completamente opuestos.

La Corporación en AC de 19 de diciembre de 2013, rad. 2009-00532, inadmitió una sustentación por esta misma causal en vista de que

(...) habiendo el Tribunal confirmado el proveído del a quo que denegó la súplicas incoadas, contrastado el reproche con la sentencia, ésta sí contiene una resolución de todo cuanto correspondía decidir en ella, y en ese orden se halló debidamente probado el medio exceptivo formulado (...) Adicionalmente, al margen de que en estrictez, una sentencia desestimatoria no abre paso en principio, a la censura apuntalada en la causal segunda de casación, el recurrente fundamentó su ataque igualmente señalando, que “se desconocieron las pruebas aportadas sobre el exceso de embargo” concluyendo, con

ratificación de la inexactitud, que “al no valorarse en debida forma las pruebas existentes dentro del proceso, se configura un error de derecho en la apreciación de las pruebas”, lo que revela un cuestionamiento propio de la causal primera del recurso extraordinario (...) La acusación entonces, realiza una indebida combinación de diversas formas de reproche, cada una de ellas, insertas en causales también diferentes, circunstancia que constituye una mezcla inadmisible en tratándose de un ataque realizado en sede del recurso extraordinario de casación (...) Son, pues, evidentes las deficiencias técnicas que en estos aspectos residen en los cargos, situación que impone, por si solas e independientes de cualquiera otra anomalía que contengan, la inadmisión del libelo objeto de análisis, cual lo prescribe el inciso 4º del artículo 373.

b.-) Las dos censuras formuladas por la vía indirecta, entremezclan aspectos de diferentes motivos de impugnación en uno solo, sin que sean susceptibles de adecuación, como se pasa a precisar:

(i) El segundo cargo a pesar de que anuncia la ocurrencia de errores de hecho por la indebida apreciación de la demanda, señala como infringido el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que establece el principio de congruencia de las sentencias, con base en el cual la desarrolla en idénticos términos a la primera recriminación.

Intenta de esta manera el censor que se examine la misma idea desde dos perspectivas opuestas, esto es indicando un *yerro in iudicando* para desarrollarlo como si fuera *in procedendo*, desconociendo las particularidades que entraña cada uno de ellos y justifican su trato diferencial,

siendo imposible escindirlo, independientemente de que las normas invocadas tengan o no la connotación sustancial que se les atribuye.

En esencia el reparo estudiado, en atención a su sustentación, corresponde una vez más a un ataque por la comisión de un vicio de procedimiento, como lo es la inconsonancia, y no a la incursión por el fallador en su providencia en errores de facto en la interpretación de la demanda que dio inicio a la controversia.

El que se diga que con la incongruencia del fallo se incurre en un defecto de juicio, es un defecto de técnica insuperable a la luz de las normas que rigen la casación.

La Corporación en AC2958-2014, sostuvo que

Ni siquiera sería posible realizar la labor que permite el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, en relación con la separación de argumentos, la conjunción de estos o la consideración de apartes cuando se hagan postulados incompatibles, de tal manera que se pueda estructurar un cargo independiente de la forma como fue propuesto (...) Lo anterior, en vista de que dicha labor sólo procede “cuando mediante ellas [las demandas de casación] se invoque la infracción de normas de derecho sustancial”, sin que se haga extensiva a las restantes causales contempladas en los numerales 2 al 5 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil (...) De tal manera que de anunciararse la contravención a una norma sustancial, cualquier observación que se aleje de tal supuesto, ya sea por

problemas de inconsonancia, contradicción en la parte resolutiva, haberse hecho más gravosa la situación del apelante único o la existencia de vicios que invaliden lo actuado, constituiría un entremezclamiento que riñe con los formalismos de esta vía extraordinaria.

(ii) El tercer ataque confunde las dos formas de la senda indirecta, pues, denuncia la incursión en errores de hecho al apreciar algunas pruebas, pero con violación del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, a lo que se llega por la vía del *yerro de jure*, lo que también sucede con el predicamento de que se restó mérito probatorio a las escrituras allegadas en «*copia auténtica, expedidas por el Notario Dieciocho de Bogotá, esto es la 236 de 1994, la 6752 de 1994, la 6631 de 1997*».

Es más, en lo que respecta a los citados instrumentos públicos el fallador los tuvo en cuenta «*dejando de lado que en su mayoría (...) no cumplen con los requisitos del artículo 254 del estatuto procesal civil*», lo que contradice el dicho del inconforme y éste mismo admite al señalar que «*sin embargo analizó la No. 6752 en cuanto a su contenido, cuestión que en principio resta relevancia al cargo, sin embargo, se alega el hecho en este cargo, debido a la posibilidad de que sean apreciadas por la Corte*»

Si bien señala que no se vio ni valoró el Oficio N° 6.10/1322 del IGAC, vincula ese desconocimiento a su indebida apreciación en conjunto con la experticia.

Y en cuanto al dictamen sugiere darle una nueva lectura, desestimando las razones por las cuales no tuvo el peso suficiente para el juzgador, con sólo decir que se desvió su atención por «*aspectos irrelevantes, tales como los nombres de los propietarios de los predios colindantes*», para centrar el estudio en el plano que lo acompaña y extraer del mismo un concepto no emitido por el experto porque no era necesario que este «*dijera expresamente que había sobreposición*».

La mixtura del embate imposibilita encasillarlo en alguna de las dos variables en que gravita o fraccionarlo para ser analizado por ambas.

La Corte en AC de 10 de septiembre de 1998, rad. 7199, sobre esta misma falencia expuso que

Aquí se ha presentado un “hibridismo que choca con el elemental postulado de la técnica del recurso extraordinario, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de casación, cuyo desconocimiento al formular la respectiva demanda es razón suficiente para desechar el cargo así propuesto” (Cas Civ. De 17 de junio de 1975). De donde se desprende que “el recurrente no se puede mover indistintamente por todas ellas para acusar la sentencia, sino que debe situarse en la que jurídicamente corresponda. Cada una de ellas ciertamente obedecen a motivos propios, disímiles por su especial naturaleza, y es inaceptable por tanto que un mismo cargo se proponga dentro del ámbito de causales

diversas” (Cas. Civ. De 4 de junio de 1996, (...) expediente 4690).

c.-) Los ataques segundo y tercero también son incompletos, en la medida que no afrontan todos los pilares en que se soporta la confirmación del Tribunal, limitándose a cuestionar algunos apartes que no socaván el resultado adverso del pleito.

La providencia de segunda instancia cuestionada se estructuró de esta manera:

1º) El demandante no alegó ni probó que la indebida constitución del Patrimonio Autónomo *“por haberse integrado con un inmueble que no le pertenecía en su totalidad al Fideicomitente, haya impedido el cumplimiento de la finalidad de la aludida Fiducia”* y nada se dijo de que por el *“incumplimiento de los deberes de gestión de dicha empresa no haya sido posible la satisfacción de un crédito cuyo pago estuviese amparado con ese negocio jurídico”*, lo que impide *“que las pretensiones del Banco del Estado se abran paso”*.

2º) Si *“pudiera juzgarse la controversia dejando de lado que la responsabilidad de la Fiduciaria en la constitución y administración del Patrimonio Autónomo está atada a la finalidad de la constitución de la fiducia”* el resultado sería el mismo, pues, ambos otorgantes del instrumento de venta, estaban en posibilidad de revisar el

certificado de tradición y corroborar las irregularidades alegadas.

3°) No se acreditó el daño, porque faltó verificar la imposibilidad de disposición del bien, que se dijo recibir en la escritura.

4°) No hay conexión entre la falta de tradición de la totalidad del terreno y el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la administración de bienes para construir un mall.

5°) Las peticiones de invalidez de la tradición eran autónomas y también fracasan, porque a quien se debía demandar era al Patrimonio.

Además, «el supuesto fáctico sobre el cual se funda la “invalidez” de la tradición, no se demostró en forma fehaciente», por falta de claridad sobre la extensión del predio matriz y los vacíos de la experticia y las pruebas documentales existentes.

Quiere decir que desde cinco diferentes frentes se dedujo la improcedencia de la acción, los primeros cuatro relacionados con la responsabilidad extracontractual imputada a la opositora en las pretensiones tercera a quinta del escrito de reforma y el último de las dos primeras que se referían a la «*indebida tradición*» de un inmueble.

Sin embargo las críticas del impugnante en cada uno de los cargos se restringieron a algunos aspectos concretos

que no comprenden la integridad del fallo o, al menos, algún bloque de la manera como fraccionó el análisis de las pretensiones el sentenciador, como pasa a verse:

(i) El segundo se concentra en que no se refirió la decisión a lo que se planteó como causante del daño, «*como lo es la comparecencia a la notaría y haber hecho en la escritura una declaración contraria a la realidad, que el inmueble era de propiedad del patrimonio autónomo sin serlo*» porque analizó únicamente «*si hubo incumplimiento de las obligaciones de la Fiduciaria dentro del contrato de fiducia respecto a la constitución y administración del Patrimonio Autónomo*».

Se discute así el argumento inicial del proveído, pero nada dice en relación con el segundo, que comprendía cualquier otra interpretación que se le pudiera dar al reclamo en el sentido de que

Con todo, si en gracia de discusión pudiera juzgarse la controversia dejando de lado que la responsabilidad de la Fiduciaria en la constitución y administración del Patrimonio Autónomo está atada a la finalidad de la constitución de la fiducia, la suerte [adversa a la accionante] no es diferente, por una sencilla razón y es que como lo señala el apoderado de Servitrust GNB Sudameris, si bien la otrora Fiduciaria Tequendama S.A. tenía la obligación de verificar la adecuada conformación del patrimonio, a Promociones e Inversiones Tresces S.A., como adquirente del inmueble que lo constituía, le correspondía también verificar que en realidad dicho Patrimonio fuese el titular del derecho de dominio sobre la parte del lote que se le transfería, pues, estaba en la misma posibilidad que

aquella sociedad, para acudir al certificado de tradición y libertad, y corroborar la situación jurídica del inmueble objeto de venta.

Tal apreciación cerraba la puerta a cualquier reclamo que se hiciera a la Fiduciaria, a título directo, por haber actuado como vocero del Patrimonio Autónomo y en relación con los bienes reportados como si fueran del mismo, por el mero hecho de que tanto los adquirentes como el vocero, que ninguna incidencia tenían en la tradición del bien, estaban en igualdad de condiciones para determinar las inconsistencias en los títulos precedentes. Así que frente a igual grado de responsabilidad en el estudio de la tradición sobre el bien negociado, se excluía cualquier reclamación indemnizatoria.

Esa salvedad, ya fuera acertada o no, debía ser aniquilada para un buen suceso del cargo, sin embargo, se guardó silencio al respecto. Lo mismo pasa en relación con la falta de acreditación del daño y los porqués que no daban paso a la declaratoria de invalidez de la tradición.

En tal orden de ideas, como no se combatieron esos punitales de la decisión, seguiría soportada en ellos, porque como ha indicado la Corte

"(...) 'dado el carácter dispositivo de la impugnación y la imposibilidad que de allí se deriva para completar oficiosamente la acusación; iteradamente (...) ha señalado que 'por vía de la causal primera de casación no cualquier cargo puede recibirse, ni puede tener eficacia legal, sino tan sólo aquellos que impugnan

directa y completamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones adoptadas en ésta; de allí que haya predicado repetidamente que los cargos operantes en un recurso de casación únicamente son aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrarlas, puesto que si alguna de ellas no es atacada y por sí misma le presta apoyo suficiente al fallo impugnado éste debe quedar en pie, haciéndose de paso inocuo el examen de aquellos otros desaciertos cuyo reconocimiento reclama la censura' (Sent. cas. civ. No. 027 de 27 de julio de 1999; subrayas de ahora), de donde resulta que la prosperidad del reproche dependerá de 'que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia' (Sent. cas. civ. No. 002 de 25 de enero de 2008) y 'exista completa 'armonía de la demanda de casación con la sentencia en cuanto a la plenitud del ataque, es decir, porque aquella combate todas y cada una de las apreciaciones jurídicas y probatorias que fundamentan la resolución'" (CSJ AC 034 12 mar 2008, Rad. 00271, reiterado CSJ AC 29 jul. 2010, Rad 00366).

(ii) El tercero se enfoca exclusivamente en desvirtuar la afirmación del *ad quem* de que «el supuesto fáctico sobre el cual se funda la “invalidez” de la tradición, no se demostró fehacientemente» contenida en el numeral 9.2. de la sentencia.

Sin embargo, nada se dijo en relación con que

Si lo que se pretende es que se declare que la “tradición del predio San Martín Uno (1), con ocasión del registro de la escritura pública de venta número ciento cuarenta y nueve (No. 149) otorgada el veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa

y seis (1996) en la Notaría Única de La Calera C/marca, efectuado por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá el (26) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996) en los folios de matrícula inmobiliaria 50N-1165308 y 50N-20280169, fue inválida, por estar sobrepuerto o superpuesto con los lotes *El Futuro* con matrícula inmobiliaria 50N-20200027 y *La Esperanza* con matrícula inmobiliaria 50N-20165062", es lógico que debía demandarse al ente que realizó dicha tradición, esto es, el Patrimonio Autónomo Calera Mall - Lote San Martín, pues como consta en la referida escritura No. 149 fue él quien se obligó a transferirle a la sociedad *Promociones e Inversiones Tresces S.A.* el dominio sobre el pluricitado Lote San Martín Uno (1); de lo contrario se dejaría sin efecto un acto jurídico sin la intervención de su autor, el que se sabe no fue vinculado a este proceso, toda vez que como lo puntualizó el gestor judicial de la parte demandante, enfiló en contra de *Servitrus (sic) GNB Sudameris S.A.* la acción de responsabilidad civil extracontractual (...) Porque es que finalmente los perjuicios que pretendan derivarse de haberse efectuado una tradición "inválida" no pueden mirarse sino desde la óptica de lo contractual, atribuibles al creador del daño, que no es otro, que el aludido Patrimonio Autónomo, pues se insiste, aquí se trató de que aquel celebró un contrato de compraventa con la empresa demandante respecto de una parte del inmueble que se destinó a su constitución.

Como la inviabilidad de pronunciarse sobre la «tradición inexistente» devino tanto de que no se hubiera dirigido ese reclamo contra el titular del derecho de dominio, como de no estar desvirtuada la certeza de ese acto traslaticio de dominio, la acusación debió abarcar ambas hipótesis y no circunscribirse a la última, con lo que resulta intrascendente la evaluación.

(iii) Ambas censuras, en la forma inconexa y deshilvanada frente al contexto que se propone, son propuestas de la solución del caso desde una visión particular, como si se tratara más de un alegato de instancia que la demostración suficiente y completa de una equivocación mayúsculo del Tribunal al definirlo.

La Corporación frente a esta conjunción de defectos técnicos en un cargo, en AC de 6 de junio de 2013, rad. 2007-00641-01, reiteró su improcedencia, porque

Así lo ha estimado la Sala al precisar que “relativo a todas las causales en casación, las normas citadas [artículos 374 del Código de Procedimiento Civil y 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998] también exigen formular los cargos de manera separada, “con la exposición de cada acusación en forma clara y precisa”, requisito que, como es natural entenderlo, persigue, entre otras cosas, identificar las razones basilares de la decisión, en consideración a que contra ellas se debe enfilar el ataque, y establecer si éste resulta cabal y completo (...) La Corte, por esto, tiene explicado que dicha exigencia se entronca con la simetría o “relación” que debe existir entre la “sentencia y el ataque que se le formula”, así como con la “plenitud” del mismo, porque si el recurrente levanta su acusación sobre cuestiones que no fueron pilares o que son ajena a la decisión, esto relevaría el estudio de fondo (...) En el evento del embate incompleto, puesto que si cada uno de los varios fundamentos expuestos tiene la virtud de mantener el fallo

impugnado, al soslayarse uno cualquiera de ellos, los demás soportes controvertidos caerían en el vacío, así fueren infirmados, pues el otro la seguiría sosteniendo” (auto del 4 de octubre de 2011, exp. 2006-00385).

d.-) Respecto del último ataque por la vía directa, se advierte:

(i) Las normas que se citan carecen de la connotación sustancial predicada, en el entendido que sólo la tienen aquellas encaminadas a “*declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas*”, además de que como bien lo ha referido la Corte no pueden ser tomados por tales “*los preceptos materiales que se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a precisar los elementos estructurales de los mismos, o los puramente enunciativos o enumerativos, o los procesales, entre ellos, los de disciplina probatoria*” (AC 5 agos. 2009, rad. 1999-00453-01).

Es así como el artículo 1226 del Código de Comercio contiene la definición del contrato de fiducia, señalando quienes lo conforman y cuál es su objeto, mientras que el 1227 *ibidem* contiene una advertencia sobre que “*los bienes de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida*”, esto último que por demás se da por descontado, tanto en el planteamiento del libelo y el escrito de oposición, como en el fallo.

Por su parte el artículo 73 del Código Civil corresponde a la clasificación de las personas en naturales y jurídicas, resaltando que *«de la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el título final de este libro»*, sin que se invoquen alguna de ellas de las cuales se pudiera desprender los alcances requeridos.

Y el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil es un precepto netamente adjetivo, que especifica la forma como *«toda persona natural o jurídica»* puede comparecer al litigio, o sea, se circumscribe a formalidades que se deben tener en cuenta para el inicio y el normal desarrollo del pleito.

En cuanto a la alusión al artículo 54 del Código General del Proceso, no es más que una referencia sobre cómo se trata el anterior asunto en una compilación normativo que aún no ha entrado en vigencia, sin incidencia para los fines del debate.

La Corporación en AC2958-2014, llamó la atención sobre el particular, toda vez que

Al no estar reseñada una sola «norma sustancial», pierde razón de ser cualquier manifestación de inconformidad del opugnador por la causal primera, puesto que no existiría un punto de referencia al cual dirigir el estudio por este medio de contradicción, quedando a la deriva cualquier razonamiento, que no pasaría de ser una simple manifestación de descontento frente a lo resuelto en las instancias.

(ii) Fuera de la falencia advertida, esta censura final comporta un elemento novedoso para la discusión al afirmar que como «*el Patrimonio Autónomo no es persona jurídica de las que se refiere el artículo 73 del Código Civil*», se debió concluir «*que la capacidad para ser parte y comparecer al proceso que regula el artículo 44 del C. de P. C. se satisface con la comparecencia de la Fiduciaria*».

Tanto en el poder como en el libelo se demandó directamente la responsabilidad civil extracontractual de «*Servitrust GNB Sudameris S.A., entidad que se fusionó y absorbió a Fiduciaria Tequedama S.A.*», sin que se dijera que lo hacía como vocero del Patrimonio Autónomo Calera Mall – Lote San Martín, sucesor o continuador de la personería jurídica de éste, en vista de su liquidación.

Es más, en el mismo escrito de casación insiste en que la carga indemnizatoria deriva de «*la culpa de la Fiduciaria, desde la óptica del profesional especializado en el específico servicio financiero e inmobiliario*» y no de su representada.

Ni siquiera aparece alguna manifestación en el sentido de que se llamara a pleito a la fiduciaria, tanto a nivel personal como en su calidad de gestor de negocios ajenos, por lo que cualquier inconformidad a estas alturas sobre la condición en que se vinculó a una de las partes es un punto nuevo que, de admitirse, constituiría un giro inesperado para la contradictora del cual no pudo defenderse en el curso normal.

La Sala en AC de 10 de septiembre de 2012, rad. 2009-00629, invocó fallo de 4 de noviembre de 2009, Rad. 1998-4175, en el que se dijo que

(...) los referidos planteamientos resultan novedosos y, en consecuencia, inadmisibles en casación, habida cuenta que admitirlos en el mencionado recurso comportaría la violación del derecho de defensa, llamado a impedir que una parte sorprenda a la otra con argumentos fácticos que no fueron ventilados en el trámite del asunto y, por tanto, ésta no tuvo la oportunidad de controvertir, amén que implicaría enjuiciar la sentencia con sustento en situaciones que nunca fueron sometidas a consideración del juzgador.

5.- Como la sustentación de las demás censuras no se aviene a las formalidades que deben cumplir, no procede su aceptación.

DECISIÓN

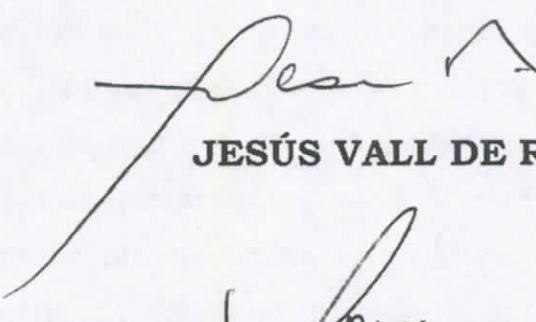
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE

Primero: Declarar inadmisible la demanda y, en consecuencia, desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso de la referencia por el Banco del Estado S.A.- en Liquidación.

Segundo: Devolver por la Secretaría el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese


JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

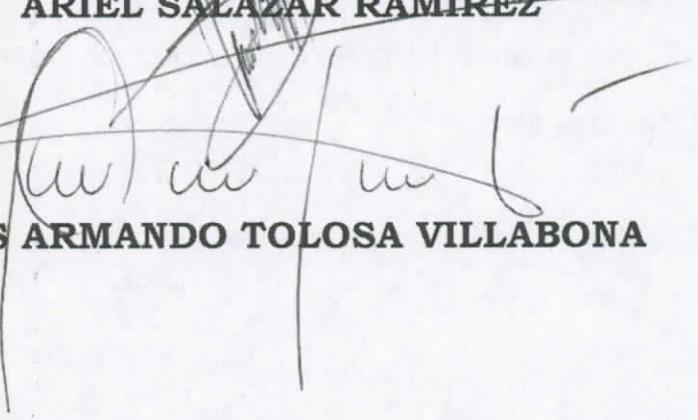

MARGARITA CABELO BLANCO


RUTH MARINA DÍAZ RUEDA


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO


FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA