MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

SC20450-2017

Radicación n.° 11001-31-03-012-1998-04834-01

(Aprobada en sesión de diez de mayo dos mil diecisiete)

Bogotá D. C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **Alfonso Contreras Lázaro** contra la sentencia proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de abril de 2011 en el proceso ordinario promovido por el recurrente contra **Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, Jairo Munarth Álvarez, Gloria Esperanza Rubio de Munarth, Aurora Esther Rubio Angulo, Campo Edmundo Rubio Angulo, Jorge Hernando Alzate Ospina, Luis Humberto Fajardo Santamaría, Selene Laverde Toro, Ciro Meyer Olarte Corredor, Selfiducia S.A. (hoy Fiduciaria Integral S.A. en liquidación)** y **Altanare Ltda**.

I. ANTECEDENTES

A. Con demanda presentada el 25 de julio de 1995 (fls. 98 a 139, y 142 c. 1), posteriormente reformada (fls. 278 a 285), puesta a conocimiento del Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, el aludido demandante pide que se declare, en forma principal, que el inmueble descrito en ese libelo, situado en Bogotá, identificado con matrícula inmobiliaria 50N-0473662, y de un área de 41.508 m^2, no ha salido del patrimonio del codemandado Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, quien continúa con su derecho real de propiedad, porque el contrato de fiducia que en su nombre dijo celebrar Jairo Munarth Álvarez como "Fideicomitente A" y las demás personas naturales como "Fideicomitentes B" con Selfiducia S.A. (escritura pública 8000 del 2 de diciembre de 1984 otorgada en la notaría novena de Bogotá) es inexistente de pleno derecho por cuanto adolece de elementos esenciales tales como consentimiento y expresión solemne. Como secuela de lo anterior, que se declaren igualmente inexistentes los contratos de cesión de derechos celebrados el 22 de diciembre de 1994, modificado el 3 de marzo de 1995, con los cuales Jairo Munarth Álvarez, diciendo obrar en nombre y representación de Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, aparece cediendo a la sociedad Altanare Ltda., los derechos que como "Fideicomitente A" tenía aquel en el mentado contrato de fiducia, dado que Mejía no le otorgó poder; "*es decir, no hubo consentimiento*" (f. 281). En consecuencia, deben declararse igualmente inexistentes las escrituras números 358 del 31 de enero de 1995, 853 del 3 de marzo de 1995, ambas de la notaría 23 de Bogotá, con las cuales la

sociedad Altanare Ltda. y Selfiducia S.A. (hoy Selfin S.A.) modifican la escritura de fiducia No. 8000 ya referida. Y como efecto de todo ello, que se ordene el registro de la sentencia y se declare que los interpelados son responsables solidarios de los perjuicios que la demanda especifica, por el "*entorpecimiento de la ejecución por obligación de hacer*", emanada de la promesa de compraventa que Gonzalo de Jesús Mejía Zapata como promitente comprador celebró con Alfonso Contreras Lázaro y otros, como promitentes vendedores, lo que se tradujo en el retardo en la iniciación del proyecto de construcción que estos tenían planeado para ejecutar en ese solar.

En subsidio, que, de conformidad con el artículo 1238 del Código de Comercio, se declare que el bien dado en fiducia *es objeto* de la promesa de compraventa celebrada entre el demandante y otros con Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, que contiene una obligación de hacer con arras confirmatorias, pactada antes de la constitución de la fiducia; que, en consecuencia, se decrete la extinción de este aparente contrato así como de la cesión de la posición contractual que hicieron los fideicomitentes A y B en favor de la sociedad Altanare Ltda., todo ello aparejado de la declaración de responsabilidad solidaria por los perjuicios que la demanda describe.

B. Los anteriores pedimentos tuvieron como soporte fáctico lo que a continuación resume la Corte:

1. El 31 de mayo de 1994 Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, como promitente vendedor, celebró contrato de promesa con Alfonso Contreras Lázaro, Horacio Ospina Reyes, Ana Patricia Suárez Betancourt, Carmenza Moreno Gutiérrez, Juan Vicente Azuero Guerrero, Luis Fernando Ospina Reyes, Cecilia Yépez López, Álvaro Vargas López y la sociedad Estructuras de Hormigón Ltda. En ese precontrato, en el que se obligaron a celebrar uno de compraventa sobre el inmueble dado después en fiducia por Mejía Zapata, se pactó como precio la suma de $1400 millones mediante pagos escalonados y que en caso de incumplimiento de alguna de las partes, la que observara sus obligaciones podría exigir a la otra por la vía judicial el acatamiento a la obligación principal y el pago de la pena. Se fijó como fecha para la celebración de la venta proyectada el 15 de julio de 1994 a las 3:00 P.M. en la notaría 42 de Bogotá.

2. De acuerdo con el contrato preliminar anotado, Alfonso Contreras Lázaro prometió adquirir el inmueble en el 14.29%, pero por haber entregado $153.900.000,oo, suma mayor a la que le tocaba aportar, por convenio verbal entre los promitentes compradores, le correspondió el 30.78%.

Dicha cantidad la entregó por invitación que le hizo la sociedad Estructuras de Hormigón Ltda. y Carlos Ospina Reyes, en el entendido de que aquella tenía experiencia y se dedicaba al ramo de la construcción y por eso, habría de investigar la calidad, residencia y antecedentes del

promitente vendedor, además de adelantar un esmerado estudio de titulación.

3. El 23 de agosto de 1994 las partes modificaron la promesa en el sentido de establecer que el contrato prometido se solemnizaría el 1° de noviembre de 1994, en la notaría 42 de Bogotá, a las 3:00 pm. Este mismo día volvieron a pactar una prórroga para el 1° de diciembre siguiente, a la misma hora y en la misma oficina. Se hicieron entonces presentes los promitentes compradores (por Cecilia Yépez López compareció Ana Isabel Valencia como su agente oficiosa) más no el promitente vendedor, razón por la cual los asistentes dejaron constancia de su comparecencia, recogida en la escritura pública No. 6714.

4. En la cláusula séptima del contrato de promesa se había estipulado que en caso de incumplimiento, la parte cumplida o que se hubiere allanado a cumplir podía exigir el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena, que era de carácter compensatorio.

5. La inobservancia a lo pactado indujo a los promitentes compradores a tramitar proceso ejecutivo por obligación de hacer contra Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, que cursa en el Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá, en el que se pidieron como medidas cautelares el embargo y secuestro de cinco inmuebles (incluido el que fue objeto de fiducia) cuatro de los cuales figuran hipotecados a Elidia Farhat Escudero; pero a la fecha de presentación de la demanda, el inmueble San Rafael de Suba, dado en fiducia, no se encontraba embargado por cuanto a pesar de haber

sido ordenada la medida por el juez del proceso ejecutivo, el registrador se abstuvo de inscribirla en vista de que Gonzalo de Jesús Mejía no era titular de ese bien raíz.

6. Este demandado otorgó poder a Jairo Munarth Álvarez para que en su nombre y representación celebrara promesa y compraventa sobre el inmueble comprometido en esta litis. Con base en ese poder, el 2 de diciembre de 1994 el apoderado y otras personas naturales, acá demandadas, acordaron con Selfiducia la constitución de una fiducia otorgando la escritura 8000 ya mentada, instrumento con el cual transfirió el dominio y la posesión del predio, prometido antes en venta al demandante y demás personas indicadas.

7. No obstante, el 16 de diciembre de 1994 el promitente vendedor Mejía Zapata informó a los promitentes compradores, por conducto de los doctores Gustavo Vargas y Hugo Briceño Jáuregui, que no podía dar cumplimiento al precontrato por razón de una demanda de nulidad que le formulara Justo Pastor Oliveros, de quien había adquirido el lote; pero tal causal es contradictoria porque sí pudo acordar la fiducia mencionada.

Manifestaron los doctores Vargas y Briceño que el dinero dado como arras ($500.000.000,oo) les sería devuelto tan pronto como fuera posible. Posteriormente, el 18 de enero siguiente, estos voceros del promitente vendedor anunciaron la devolución de $500 millones.

8. Los promitentes compradores, incluido el actor, celebraron el negocio con la finalidad de hacerse al predio San Rafael de Suba para adelantar un proyecto que involucraba viviendas, salones comunales, capilla, canchas, plazoletas y centro comercial. Para lo anterior, el pretensor adelantó estudios del terreno, levantamiento de planos y trámites que le representaron gastos.

9. En el folio de matrícula del inmueble consta la inscripción de tres escrituras públicas referidas a la cesión de la posición contractual de los fideicomitentes A y B en favor de la sociedad Altanare Ltda., actos estos también inexistentes por cuanto corren la misma suerte del contrato de fiducia. En adición, Jairo Munarth Álvarez, quien actuó como apoderado de Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, adujo un poder otorgado por este, cuya firma es falsa. En ese documento además se ratificaba el insuficiente poder anterior.

10. Altanare Ltda. sabía de la existencia de los conflictos que tenía pendientes Gonzalo de Jesús Mejía en relación con el lote tantas veces mencionado.

11. El 20 de diciembre de 1994 Mejía Zapata ratificó el mentado poder y facultó al apoderado Munarth para ceder sus derechos como Fideicomitente A, lo que en efecto hizo a la sociedad Altanare Ltda. por $50 millones. Cedió también los derechos de los fideicomitentes B a la misma sociedad, por $1.550 millones.

12. El 3 de marzo de 1995, también sin poder, Jairo Munarth Álvarez, en nombre y representación de Gonzalo de Jesús Mejía, adujo corregir un error involuntario cometido por las partes en cuanto al valor de la contraprestación.

13. La prueba grafológica efectuada a la firma de Gonzalo de Jesús Mejía establece que el poder presentado ante el Notario 4° de Bogotá, con el cual dice ratificar el que había otorgado ante el Notario 16 de ese círculo, "*no corresponde a la misma persona que firma los demás documentos cotejados*" (ibídem).

C. Altanare Ltda. (fls. 167 a 171, C.1) , Selena Laverde Toro (fls. 232 a 234, C.1) y Fiduciaria Integral S.A., antes Fiduciaria Selfin S.A., y antes Selfiducia- (fls. 214 a 216, C.1), en sendos escritos, se opusieron a las pretensiones, con aducción de las excepciones meritorias que denominaron "suficiencia del mandato", "existencia del negocio fiduciario", "inexistencia del daño" y "ausencia de culpa".

Por su parte, Gloria Esperanza Rubio de Munarth, Aurora Esther Rubio Angulo, Campo Edmundo Rubio Angulo, Jorge Hernando Alzate Ospina, Luis Humberto Fajardo Santamaría y Ciro Meyer Olarte Corredor también rechazaron las súplicas incoadas sin proposición de medio exceptivo particular, manifestando no constarle la mayoría de los hechos aducidos (f. 186, C.1).

La curadora *ad litem* designada para Gonzalo de Jesús Mejía Zapata (fls. 236 a 238, C.1) se atuvo a lo que resultara probado.

D. La primera instancia culminó con sentencia desestimatoria de las pretensiones (fls. 1402 a 1431, c.1A), por considerar el juzgado de conocimiento que el demandante carece de legitimación en la causa por no haber sido parte en el contrato de fiducia y por razón de los móviles que adujo. Además, consideró que el poder había sido ratificado. Y en cuanto a las pretensiones subsidiarias, las desestimó también por falta de legitimación y porque no se estructuró el fraude previsto en el artículo 1238 del Código de Comercio.

E. Oportunamente apelada la decisión por el demandante, el superior, con la sentencia objeto del recurso de casación, resolvió confirmar la del *a quo,* aunque por razones diferentes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego del resumen usual, incluyendo los reproches que la alzada formulara al fallo apelado, sienta el *ad quem* estas bases con las cuales llega a la confirmación de la decisión:

A. Que Gonzalo de Jesús Mejía Zapata había prometido en venta a un grupo de personas naturales y jurídicas -dentro de ellas el actor con una participación del 14.29%- el predio denominado San Rafael de Suba; pero, lejos de cumplir lo prometido, lo transfirió mediante contrato de

fiducia mercantil celebrado con Selfiducia S.A., con el fin de que esta administrara el inmueble para desarrollar un proyecto denominado "Arboleda de Suba". Allí figuró entonces como fideicomitente y además como beneficiario, condición ésta que le permitía esperar a que el proyecto se desarrollara para recibir los beneficios o disponer de su derecho en forma de cesión del beneficio.

B. Con apoyo en el artículo 1742 del Código Civil, que reconoce interés para pedir la declaración de nulidad en *todo el que tenga interés en ello*, afirma que el demandante Alfonso Contreras Lázaro sí tiene legitimación para pretender la declaración de inexistencia del contrato de fiducia mercantil y sus irregularidades, por cuanto es acreedor de Mejía Zapata en virtud de la promesa de compraventa anotada, incumplida por este con el agravante de que el bien salió de su patrimonio para la constitución del fideicomiso. Agrega que "*si triunfa en su aspiración, el predio San Rafael vuelve el patrimonio del señor Mejía Zapata y de esta forma podría exigir el cumplimiento del contrato de compraventa"* (sic, f. 44, c. 37).

C. En lo que hace al poder especial que Gonzalo de Jesús Mejía Zapata otorgó a Jairo Munarth Álvarez, estima la colegiatura que el apoderado tenía facultades para transferir el dominio de ese predio y si se pensara que sólo estaba facultado para venderlo o prometerlo en venta y transferir la propiedad como consecuencia de aquellos contratos, y no en desarrollo de uno de fiducia, "*en realidad el poderdante señor Mejía Zapata quería facultar al señor Munarth Álvarez para que ejerciera actos de disposición sobre el inmueble, que fue lo*

que sucedió con el contrato de fiducia" (f. 46) en el cual el señor Mejía Zapata, por conducto de su apoderado "*expresó su consentimiento y por lo tanto no hay reproche que vicie el contrato pluridimensional*". Con todo, si se aceptara que el apoderado excedió sus facultades, de todos modos emitió válidamente su consentimiento pero abusando de las facultades, lo que "*no afecta el contrato de fiducia, simplemente compromete la responsabilidad del apoderado frente a su poderdante*" (ib.). Lo anterior comporta la desestimación de la pretensión principal, alusiva a la inexistencia del contrato de fiducia mercantil.

D. Cuanto hace a la pretensión subsidiaria que, con base en el artículo 1238 del Código de Comercio, se encamina a que se reconozca que antes de la fiducia, existía una obligación de hacer pactada en la promesa con arras confirmatorias, que recae sobre el mismo bien transferido a título de fiducia, contrato este que se pide declarar extinguido, estima el Tribunal que en efecto se equivocó el juzgado de primera instancia al desconocerle legitimación al demandante tan sólo por no ser parte en la fiducia y no haberse acreditado el fraude: "*en realidad, es claro el error del sentenciador de primera instancia al considerar que el artículo 1238 consagra una acción pauliana o una causal de extinción del contrato de fiducia*" (f. 47, c. 37). Estima que ese precepto establece una acción revocatoria especial que exige que la acreencia sea anterior a la celebración del contrato de fiducia y que el deudor haya dispuesto de los bienes a través de este último contrato. Prosigue así:

> "*al celebrarse el contrato de fiducia, los bienes salen del patrimonio del deudor, no ingresan al patrimonio de la fiduciaria sino que forman un patrimonio autónomo. El mismo fiduciante puede ser beneficiario del fideicomiso caso en el cual, el camino que le queda al acreedor anterior a la celebración del contrato de fiducia es perseguir los derechos que su deudor tenga sobre el fideicomiso. Pero si el fiduciante no es el beneficiario, el camino que le queda al acreedor es perseguir los bienes fideicomitidos, tal como lo dispone el artículo 1238*" (f. 47).

E. La acción del artículo 1238 del Código de Comercio es diferente del fraude pauliano, que exige insolvencia del deudor y concilio fraudulento entre aquel y los terceros que participan a sabiendas de que el contrato aumenta la incapacidad de pago de aquel. Pero en la acción revocatoria del 1238 no se establece como requisito el fraude. Basta sólo el perjuicio que la fiducia acarrea a los acreedores.

F. No obstante lo anterior, la acción es procedente siempre que el bien fideicomitido esté dentro del patrimonio autónomo, pues si salió e ingresó al de un tercero, resulta imposible aplicar lo dispuesto en el mencionado precepto, pues se estarían afectando derechos de personas ajenas al contrato de fiducia. Y en el caso presente, el demandante formuló la acción cuando el lote San Rafael ya no estaba en el patrimonio autónomo en vista de que la fiduciaria lo había transferido a la sociedad Altanare Ltda., la que no tenía conocimiento de que Mejía Zapata estuviese insolvente, o que hubiera celebrado un contrato de fiducia en fraude de sus acreedores o con el propósito de incumplir la promesa de compraventa. Y si bien es cierto que en la demanda se indica

que Altanare Ltda. fue informada del incumplimiento, no hay en el proceso evidencia alguna que respalde dicha afirmación.

G. Además, como el artículo 1238 del estatuto mercantil exige que el contrato de fiducia cause un perjuicio al acreedor, "*si el deudor tiene otros bienes, es decir no es insolvente, tampoco puede triunfar la petición revocatoria ya que el contrato de fiducia no lo perjudica en la medida en que no se celebró con el propósito de insolventarse*" (f. 49)

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN. CARGO ÚNICO

Se acusa la sentencia por la causal primera de casación de ser violatoria, directa e indirectamente, de las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 1238, 1240, 822 del Código de Comercio y los siguientes del Código Civil: 740 a 743, 745, 749, 756, 759, 1603, 1605 a 1608, 1610, 1611 (artículo 89 de la Ley 153 de 1827), 1612 a 1616, 1626, 1627, 1648 y 1649.

A. Los errores puramente jurídicos se refieren a que el Tribunal consideró que el artículo 1238 del Código Mercantil no consagra una causal de extinción del contrato de fiducia y que cuando el fiduciante es al mismo tiempo beneficiario del fideicomiso, el camino que le queda al acreedor anterior a la celebración del contrato de fiducia es perseguir los derechos que su deudor tiene sobre el fideicomiso, pero si el fiduciante no es beneficiario puede perseguir los bienes fideicomitidos.

1. Del primero, señala que el artículo 1240 del mismo cuerpo legal contempla dentro de las causales de extinción, en su numeral octavo, la acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario, por lo que efectivamente, la prosperidad de la prevista en el artículo 1238 conlleva la extinción del contrato de fiducia.

2. En lo concerniente a la interpretación impartida al artículo mencionado en cuanto a que el camino que le queda al acreedor del fiduciante beneficiario es perseguir los derechos de este en el fideicomiso, indica la censura que constituye un desacierto jurídico porque el inciso primero del mencionado precepto faculta a los acreedores para perseguir los bienes transferidos en fiducia y no simplemente los beneficios que de ese contrato se deriven para el fiduciante.

B. De otra parte, los dislates probatorios se dirigen a controvertir las afirmaciones del *ad quem* según las cuales, cuando se promovió la demanda de este proceso el bien fideicomitido ya no estaba en el patrimonio autónomo por cuanto la fiduciaria lo había transferido a la sociedad Altanare Ltda. y que si el deudor tiene otros bienes, esto es, no es insolvente, tampoco puede triunfar la petición revocatoria ya que el contrato de fiducia no lo perjudica en la medida en que no se celebró con el propósito de insolventarse.

1. En lo tocante a la primera afirmación, sostiene que ella es fruto de una suposición de prueba por cuanto no existe ninguna que acredite que entre Selfiducia

S.A. y Altanare Ltda. se hubiere celebrado un contrato traslaticio de dominio ni menos que se haya inscrito un título de esa clase. Agrega que, por el contrario, existe prueba de la ausencia de cualquier registro de esa naturaleza y la permanencia de la propiedad en cabeza de Selfiducia S.A. cuando se promovió la demanda, cuando se notificó, cuando se contestó y mucho tiempo después.

Con miras a acreditar lo anterior, la censura pasa revista a los títulos y sus registros en el folio de matrícula inmobiliaria con la finalidad de dejar evidenciado que en ellos no hay nada que implique la transferencia de propiedad. En efecto examina los contratos de cesión firmados el 22 de diciembre de 1994 y el 3 de marzo de 1995, el documento privado del 22 de diciembre de 1994, la escritura pública 358 del 31 de enero de 1995 otorgada en la notaría 23 de Bogotá, las numeradas 853 y 1763 de 1995 corridas en el mismo despacho notarial, el folio de matrícula inmobiliaria 50N-473662 donde se inscribieron los anteriores instrumentos, documentos todos en los que no figura enajenación alguna de Selfiducia S.A. a Altanare Ltda.

2. En cuanto se refiere a la necesidad de que el deudor esté insolvente para la prosperidad de la acción revocatoria, el recurrente indica que el Tribunal afirmó que ese contrato de fiducia cuestionado no perjudicó el demandante pues el deudor tenía otros bienes en su patrimonio, afirmación que busca desmentir porque, para el censor, ella fue el producto de yerro de hecho consistente en haber omitido la apreciación de la promesa de compraventa

celebrada entre Gonzalo de Jesús Mejía y Alfonso Contreras Lázaro y otros promitentes compradores en la que se pactó que el bien dado en fideicomiso debía ser vendido mediante el contrato prometido, a resultas de lo cual su enajenación imposibilitaba el cumplimiento de esa obligación de hacer y su consecuencia consistente en la transferencia del dominio que se debía realizar.

Como corolario de los yerros endilgados, para el censor el juzgador colegiado desestimó la pretensión subsidiaria que se fundamentaba en lo previsto en el artículo 1238 del Código de Comercio que faculta a los acreedores para perseguir los bienes objeto de fiducia en razón de acreencias anteriores a su celebración.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 623 del Código General del Proceso, este recurso se resuelve con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, estatuto procesal vigente para la época en que fue interpuesta la impugnación extraordinaria.

A.- La demanda de casación se concentra en aquellas razones que el Tribunal adujo para rechazar las pretensiones subsidiarias, sin formulación de ataque alguno a la desestimación de las principales, referidas, en lo esencial, a la inexistencia de la fiducia por ausencia de consentimiento del constituyente Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, decisión que entonces queda en firme.

Parece por tanto pertinente recordar que en las peticiones subsidiarias, el actor busca, de conformidad con el artículo 1238 del Código de Comercio, que se declare que el bien dado en fiducia es objeto de la promesa de compraventa celebrada entre él y otros con Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, contentiva de una obligación de hacer con arras confirmatorias, promesa pactada antes de la constitución de la fiducia, por lo que debe declararse la extinción de esta y de las cesiones que le siguieron, aparejado todo ello de la condigna condena por perjuicios.

En otras palabras, como el contrato de compraventa prometido versa sobre el inmueble dado en fiducia, pretende el demandante que esta se declare extinguida al tenor de lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 1240 del Código de Comercio, porque de esa manera puede hacer valer su derecho derivado del contrato de promesa, esto es, el de que se celebre la venta proyectada, que precisamente recae sobre el bien fideicomitido.

B. Esa intromisión de quien no es parte en la fiducia está permitida[1]. En el caso del acreedor del fiduciante,

[1] Sobre el particular léase lo que la Corte dijo recientemente, ratificando su postura SC16669-2016, rad. nº 11001-31-03-027-2005-00668-01: *En materia contractual, no puede afirmarse que el asunto de la legitimación ad causam está regido por la aplicación con carácter absoluto del principio de relatividad de los contratos, cuya esencia se consigna en el conocido aforismo romano «res inter allios acta tertio neque nocet neque prodest»; de hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que «en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01), de modo que su incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional, alcanza y afecta patrimonialmente a sujetos diferentes de los contratantes.*

cuando dispone de un crédito insoluto y anterior a la constitución de la fiducia, evento en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1238[2] de ese estatuto mercantil, puede *perseguir* el bien fideicomitido e *impugnar* el negocio fiduciario, del que no es parte y por ende es un tercero.

1. En la primera situación, esto es, si opta por *perseguir* el bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha exigido que este acreedor demuestre un interés actual y serio, traducido en el perjuicio que le acarrea la constitución del patrimonio autónomo, y que en esta causa litigiosa se patentiza en el hecho de que para poder darle cumplimiento al contrato de compraventa prometido, en el patrimonio del constituyente y promitente vendedor debe aparecer el bien antes fideicomitido por él a efectos de que pueda efectuar su tradición. En esa medida, resulta claro que el Tribunal en efecto incurrió en el segundo error probatorio denunciado en el cargo, porque no por contar Gonzalo Mejía con más bienes, puede el acreedor y demandante satisfacer cabalmente su crédito (que se celebre el contrato de compraventa), pues está ligado inescindiblemente al bien fideicomitido, desde luego

---

No son ellos los terceros absolutos o penitus extranei, que son totalmente extraños al contrato y no guardan nexo alguno con las partes, por lo que aquel ni les perjudica ni les aprovecha, sino los terceros relativos, de quienes se predica una vinculación jurídica con los contratantes por cuanto ese pacto les irradia derechos y obligaciones, categoría dentro de la cual se encuentra el acreedor, toda vez que el patrimonio de su deudor constituye prenda general de garantía, de ahí que puede solicitar la declaración de certeza aparejada a la acción a fin de que se revele la realidad del negocio jurídico celebrado o que no existió ninguno.

[2] Dice el precepto: "Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes.
El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.

que sin ese inmueble, queda vacía de contenido la compraventa en uno de sus elementos esenciales: la cosa vendida.

Si como consecuencia de la prosperidad de esa acción la fiducia pierde el único bien sobre que recae su objeto, es comprensible que pueda haber lugar a la declaratoria de su extinción. Es lo que precisó la Corporación cuando dijo:

> "*Para la Sala es claro que la inteligencia del inciso primero del artículo 1238 del Código Comercio, involucra, de manera general, una típica acción auxiliar de los acreedores del fideicomitente, mas no en particular la pauliana, ni aquellas que objetivamente han sido enlistadas a propósito de los procesos concursales, como las que tratan ciertas normas (leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006), pero sí de jerarquía suficiente para intervenir en el contrato de fiducia, con miras a viabilizar la persecución de los bienes fideicomitidos e, inclusive, eventualmente, según las circunstancias del caso, a obtener su terminación. Por ejemplo, cuando se persigue el único bien que constituye el fideicomiso o, aunque no lo sea, resulta crucial para el logro del cometido del citado contrato"* (SC del 25 de enero de 2010, rad. 11001 3103 031 1999 01041 01).

En ese sentido, es asimismo atinada la crítica del casacionista al endilgarle al Tribunal el error *juris in judicando* por sostener que el precepto 1238 no conduce a la extinción del contrato de fiducia (f. 47, c. 37), precisión doctrinaria que debe rectificarse. Dicho de otro modo, en este caso, el Tribunal confirmó la sentencia del juzgado, denegatoria de las pretensiones principales y subsidiarias; la

demanda de casación se circunscribe a controvertir la decisión adversa sobre las pretensiones subsidiarias, referidas a que se declare que el bien dado en fiducia es objeto de promesa y que en consecuencia se decrete la extinción de la fiducia, aspecto este sobre el cual el juzgador de segundo grado reprocha del juez de primera instancia haber afirmado que el artículo 1238 del Código de Comercio no comporta una extinción de la fiducia. La Corte, como se vio, ha dicho lo contrario, por lo que esta -una cuestión directamente relacionada con las pretensiones subsidiarias- la controvierte el cargo mediante argumentos estrictamente jurídicos para derribar esa afirmación del Tribunal, embate procedente que amerita que se rectifique al sentenciador, sin que por ello se case la sentencia, según se verá.

2. Y en la segunda circunstancia, concerniente a la *impugnación* de la fiducia, ese tercero –el acreedor también lo es- deberá demostrar que el negocio fiduciario se hizo en fraude de sus intereses, opción que en este proceso no se ventiló, el casacionista no lo aborda y por consiguiente la Corte no tiene porqué entrar en ello.

Como tampoco se contendió en esta causa la acción prevista en el segundo segmento del artículo 1238, tocante a la persecución de los derechos si el deudor es beneficiario en el fideicomiso. En esa medida, es intrascendente el error jurídico cometido por el Tribunal, que el censor denuncia, atinente a circunscribir la acción del acreedor del fideicomitente beneficiario a tan sólo acudir a los derechos de este en la fiducia, desde luego que si además ostenta la

condición de fideicomitente que dio el inmueble puede perseguirlo e impugnar el contrato, según lo dicho.

Por consiguiente, deteniéndose la Sala en el primer segmento del canon mencionado, debe recalcar, con la jurisprudencia actual, que a la condición de acreedor del fiduciante con un crédito insoluto y anterior a la fiducia, debe además demostrar el demandante ese interés serio y actual a que se aludió y que la Corte explica así:

> [E]*l espíritu de la acción auxiliar prevista en el artículo 1238 inciso 1º no es, exclusivamente, la recomposición del patrimonio del deudor a partir de la presencia del consilium fraudis y el eventus damni, sino, en esencia, establecer un mecanismo que materialice la garantía de que los bienes del deudor son, efectivamente, la prenda general de los acreedores y que aquél no puede valerse del pacto fiduciario en detrimento de estos; y, en esa dirección, considera la Sala que la norma memorada contempla una acción encaminada a recomponer el patrimonio del deudor, pero desprovista del fraude, que se estructura por la sola circunstancia de causarse un detrimento al acreedor o presentarse el acto reprochado con la jerarquía suficiente para generarlo (eventus damni), connotando, de manera nítida, una acción eminentemente objetiva. En ese contexto debe entenderse el contenido de la regla jurídica comentada. De suyo, emerge, entonces, que al acreedor le corresponde, inomisiblemente, asumir el compromiso de demostrar que del convenio llevado a efecto por el deudor le deriva un perjuicio; allí, sin duda, anida la validez de su proceder, esto es, en la acreditación de un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo. Es evidente que extinguir un negocio jurídico por el sólo hecho de aniquilarlo, comportaría una odiosa e injustificable prerrogativa, así como una afrenta a la seguridad jurídica, a los derechos de las partes, de los terceros y, en fin, de la dinámica social y comercial.*
>
> *La facultad del acreedor no está determinada única y exclusivamente por el hecho de la preexistencia del crédito; su conducta persecutora ha de estar anclada, se insiste, en el interés por evitar la vulneración de sus derechos a raíz de la negociación*

> *celebrada por el deudor; es claro que las acciones de carácter judicial y el presente asunto no es la excepción, están instituidas como un mecanismo sucedáneo del actuar espontáneo de las personas frente a sus compromisos u obligaciones. Por ello, acudir a una u otra herramienta procesal es una opción que opera luego de evidenciarse que el llamado a satisfacer la prestación debida, no se aviene, voluntariamente, a tal objetivo o que ha desplegado actos que afectan seriamente la acreencia. Demostrada tal circunstancia, nace como opción válida, la de perseguir, con éxito, algunos bienes fideicomitidos.* (SC del 25 de enero de 2010, rad. 11001 3103 031 1999 01041 01).

Se agrega ahora que el precepto comentado, es decir, el establecido en el epígrafe del artículo 1238 del C. de Co., no puede literalmente aplicarse sin más, pues perdería toda la valía que representa la configuración del patrimonio autónomo para el cumplimiento del encargo. Es que con la constitución de la fiducia, en los términos establecidos en el Código de Comercio, persigue el Derecho que el fiduciante pueda lícitamente destinar un bien o conjunto de bienes, que ya no serán parte de su patrimonio, al cumplimiento de un encargo asimismo lícito por parte de la sociedad fiduciaria, a cuyo patrimonio tampoco entran ellos y por ende no forman parte de la prenda general de sus acreedores y por tal motivo debe mantenerlos separados del resto de sus activos y de otros fideicomisos. Ese patrimonio autónomo, si bien no es un sujeto de derechos y obligaciones, en la práctica conforma una universalidad jurídica cuya vocera, la sociedad fiduciaria, tiene su personería para defender los derechos y obligaciones asignados al mismo.

De modo que la incursión de un tercero relativo en un negocio jurídico con estas connotaciones no se puede

amparar únicamente por la circunstancia escuetamente establecida en la norma que se comenta, esto es, la de ser un acreedor anterior a la constitución del negocio fiduciario, desde luego que no obstante advertir la Corte que no es dable desatender el tenor literal de una norma so pretexto de consultar su espíritu, pues así lo manda el artículo 27 del Código Civil (interpretación literal), también debe resaltar que reglas de hermenéutica hay que permiten al intérprete, frente a normas incoherentes en el contexto en que están llamadas a actuar, proceder a un análisis que tenga en cuenta el objetivo y valores que persigue y su inserción como subregla en la institución o figura jurídica en la que se aplica. Análisis sistemático que busca morigerar la contradicción, pues, según el 30 del Código Civil "*el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*". Y en efecto esta contradicción se revela si, de una parte, se tiene presente que el legislador busca y protege la constitución de un patrimonio autónomo, establece que el contrato es ley para las partes y solo causas legales o su mutuo disenso lo pueden privar de efectos y, parejamente, de conformidad con la interpretación literal del artículo 1238, admite que un tercero absoluto con tan sólo ostentar la calidad de acreedor pueda echar abajo esa universalidad jurídica dimanante de un contrato eficaz.

La interpretación textual del precepto en comentario, a partir de su mera lectura, produciría en no pocos casos una grave iniquidad si se permitiese que el acreedor anterior de un constituyente fiduciario persiguiese, no los bienes que

eventualmente puede continuar teniendo este, sino los que fueron objeto de la fiducia, con lo cual, para enderezar el entuerto, habría que acudir a otros expedientes para neutralizar el exceso que a simple vista se aprecia, tales como el abuso del derecho, o la posibilidad de que entre a defender la sociedad fiduciaria el patrimonio con la denuncia de bienes del deudor constituyente, distintos a los que dio en fiducia.

Ahora bien, si el crédito perseguido por el tercero recae en un cuerpo cierto que después fue objeto de dación a título de fiducia, no hay duda de que el derecho de persecución en cabeza del acreedor ostenta por esa sola circunstancia un carácter serio, legítimo y actual que le permite incoar la acción declarativa en procura de reconstituir el patrimonio del constituyente con el bien que enajenó, protegiéndose en todo caso a los terceros de buena fe exenta de culpa.

Sea que el demandante haya activado la prerrogativa que tiene como acreedor anterior a la constitución del negocio fiduciario de perseguir el bien fideicomitido, o que haya optado por obtener la declaración de su extinción para buscar que el bien retorne al patrimonio de su deudor, lo cierto es que el denominador común en ambos casos es el de la calidad de *acreedor* que debe ostentar. Si lo que pretende es la declaración de extinción del negocio fiduciario o en general una previa declaración, v. gr., de que tiene derecho a perseguir el bien, no hay duda de que la categoría de acreedor

debe ser "*cierta e indiscutida*"[3], a semejanza de como lo ha proclamado la jurisprudencia en tratándose de la legitimación del titular de un crédito que ejercita la acción pauliana, pues a fin de cuentas es un tercero que entra a controvertir un negocio particular por un interés que si bien lo reconoce la ley, ha de tener cauces delimitados.

De suerte que, más allá de la refrendación de los errores jurídicos y probatorios que la censura incluye en el cargo que se examina, y que en verdad se hallan demostrados, de situarse la Corte en sede de instancia, debería esclarecer esa calidad, la de acreedor cierto e indiscutido, sin la cual la prosecución de la investigación sería inoficiosa, y por supuesto, la casación del fallo intrascendente.

C. Y es lo que acontece en este proceso.

1. En la copia auténtica de la escritura 6714 del 1º de diciembre de 1994, otorgada en la notaría 42 de Bogotá, con la cual Alfonso Contreras Lázaro y los demás promitentes compradores dejan constancia de su comparecencia para el otorgamiento de la escritura de compraventa prometida, consta que entregaron, para incorporar en el protocolo, y según las declaraciones del notario, una *"copia de la promesa de compraventa suscrita entre las partes*" (f. 23, c.1). En dicho documento se puede apreciar que está firmada por los promitentes compradores y el promitente vendedor ante tres

[3] "la acción revocatoria requiere de la existencia de un crédito, con las características de cierto e indiscutido" (SC 173-2004 del 26 de octubre de 2004, rad. C-5283831030001999-0065-01)

testigos. El otrosí que asentaron en el reverso de la última página de la citada promesa, y con el cual las partes acordaron prorrogar la fecha de solemnización de la venta, está también suscrita por ellos ante dos testigos. Esta prueba fue aportada por los demandantes con el libelo inicial y decretada por el juzgado mediante auto del 28 de abril de 2000 (f. 520, c. B).

Según el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el decreto 2282 de 1989, las partes deberán aportar el original de los documentos privados, cuando estuvieren en su poder, pudiendo aportar su copia si han sido protocolizados. Pero hay que tener presente que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 57 del decreto 960 de 1970, "*por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor fuerza o firmeza de la que originalmente tenga*".

En consecuencia, ese documento aportado en copia simple –no en su original, se resalta- para ser protocolizado con la escritura es, en definitiva, una copia simple de un documento firmado al parecer por los contratantes, ante dos testigos.

No es un documento auténtico en los términos previstos por el artículo numeral 3° del precepto 252 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 254, pues, tratándose de copias, solo tienen el mismo valor probatorio del original, en los casos previstos en el último precepto, esto es,

"*1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.*

2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

Por supuesto que el artículo 252 indica cuándo existe certeza sobre la persona que ha "*elaborado, manuscrito o firmado*" un documento privado, en tanto sea original o quepa en las previsiones establecidas en el precepto mencionado. La importancia de la autenticidad del documento, esto es, de tener certeza acerca de quién es su autor, no es menor si se tiene en cuenta que solo a partir de allí puede el juez apreciarlo en su intrínseco valor persuasivo.

Es lo que dejó establecido, por lo demás, esta Sala en sentencia en la que reiteró la anterior doctrina, que convalidó incluso de cara a las normas posteriores a 1989 tendientes a descongestionar la justicia, tales como el decreto transitorio 2651 de 1991 (entonces vigente para cuando se presentó la demanda, en 1995) y la Ley 446 de 1998. Dijo entonces la Corte:

Las pruebas para producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ellas se refieren, además, de ser conducentes y eficaces, deben practicarse en los términos y

condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico. Tratándose de la prueba documental, la ley señala que "las partes deberán aportar el original de los documentos privados, cuando estuvieren en su poder" (artículo 268 del C. de P. Civil), entendiéndose por documento original aquel que se aporta tal como fue creado por su autor. Es claro, entonces, que la reseñada disposición, impone a las partes el deber de llevar al proceso los originales que estén en su poder, pues así lo explicita la norma de manera incontestable.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto por los artículos 253 y 254 Ibídem, es factible aportar documentos en copias, caso en el cual éstas solamente tendrán el mismo mérito que el original, en las hipótesis previstas en la última norma mencionada… Como es evidente, el valor de las copias aparece previsto por el legislador de manera francamente específica, esto es, en cuanto se presente cualquiera de los referidos eventos…

La Corte, por el contrario, considera que las copias que carecen de la atestación de que son idénticas al original no prestan mérito probatorio, salvo que reúnan las condiciones del artículo 254 del código de enjuiciamiento o de cualquier otra norma que así lo señale. Varias y de muy distinto temperamento son las razones que conducen a esa conclusión.

De un lado, porque en los términos en que fue concebido el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, así como los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 446 de 1998, es evidente que todos ellos hacen referencia a la autenticidad del documento, vale decir, a la certeza que debe tenerse respecto de quien es su autor, requisito ineludible para efecto de establecer su valor demostrativo.

Tal elucidación deviene en axiomática, en cuanto se advierte que el legislador al reformar el estatuto procesal civil, mediante la Ley 794 de 2003, incorporó esas normas, justamente, en el citado artículo 252, el cual, como es sabido, gobierna lo relativo a la autenticidad

de la prueba documental, esto es, reitérase aún a riesgo de fatigar, lo concerniente con la certeza de la autoría del mismo, cuestión que, y ello es evidente, es muy distinta a la relacionada con la identidad de la copia con el original. Puede acontecer, ciertamente, que a pesar de que la copia esté debidamente autenticada, vale decir, que sea idéntica al original, no por ese mero hecho adquiere la condición de auténtica, pues si el original no lo es, es decir, si respecto de él no se tiene certeza de quien es su autor, otro tanto ocurrirá con la copia. Es evidente que si se hubiere querido que esas normas tuvieren alguna relación con el crédito probatorio de las copias las habría integrado al artículo 254 Ibídem.

Así lo muestra la misma redacción de la comentada disposición legal, en la que ni por asomo se alude a las copias, ni a su valor probatorio, de modo que si el legislador hubiere querido equipararlas así lo habría expresado, dado que en materia probatoria es elemental la diferencia entre originales y copias.

Téngase en cuenta que el precepto hace referencia a la incorporación de los documentos privados al proceso, "con fines probatorios", y que éstos, bajo los presupuestos allí anotados, se "reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación", vale decir, que quedan cobijados por la presunción de autenticidad. La norma, entonces, únicamente establece una presunción de autenticidad respecto de los medios de persuasión en comento, aportados por las partes, esto es, enderezada a tener por cierto que las personas que aparecen firmándolos o manuscribiéndolos son sus autores, en cuanto no exige la presentación personal ni autenticación de los mismos.

De igual modo, es patente que las voces "presentación personal" y "autenticación" aluden a los actos mediante los cuales el autor reconoce el documento, circunstancia de la que se deduce su autenticidad. La expresión autenticación allí prevista atañe a las actuaciones notariales previstas en los artículos 73, 75, 76, 77 del

Decreto 960, todos ellos relacionados con la certeza de la autoría de aquel. Incluso, esas expresiones las utiliza nuevamente el legislador para referirse a la necesidad de que los poderes otorgados a los apoderados judiciales reúnan esas condiciones, contexto en el cual ningún sentido tendría entender que alude allí a las reproducciones informales.

Aun más, el legislador cuando reformó el Código Procesal Civil, mediante la Ley 794 de 2003, no derogó el artículo 254 ni el 268. Un elemental principio de claridad legislativa le hubiere impuesto a aquel, de haber sido ese su designio, la derogatoria o modificación de esos preceptos, que reclaman el original y solo excepcionalmente le conceden valor demostrativo a las copias.

Conclúyese, subsecuentemente, que las reseñadas reglas conciernen con la certeza que debe tenerse respecto del autor de la prueba documental, por cuanto si se entendiera que equiparan las copias informales a los originales habría que inferir que es posible adelantar procesos ejecutivos con apoyo en reproducciones de esa naturaleza, deducción francamente inadmisible; igualmente habría que colegir que si todos los documentos privados aportados por las partes, salvo los emanados de terceros, gozan de mérito probatorio, incluyendo allí las copias no autenticadas, tendría que cobijar, también, esa presunción, a los que no fueron suscritos, ni manuscritos por las partes (artículo 269 ejusdem), en la medida que no están excluidos.

No puede argüirse que la contraparte puede tachar de falso el documento y que, por tanto, se le garantiza la posibilidad de controvertirlo, porque, por un lado, puede suceder que ésta hubiese sido emplazada y, por ende, actúe por conducto de un curador ad litem, a quien no es viable imponerle semejante carga; y, por el otro, porque el aludido elemento probatorio habría adquirido autenticidad desde el momento en que fue presentado; así se colige del texto original de la norma, motivo por el cual se llegaría a la

> *absurda conclusión de que en todos los procesos en los que el demandado es emplazado las fotocopias informales aportadas por el autor tendrían el carácter de auténticas"*. (SC del 4 nov 2009, rad. 15001 3103 004 2001 00127 01, subraya ahora la Sala)

En suma, habiéndose presentado copia auténtica de la escritura pública en la que se protocolizó una copia informal de la promesa de compraventa, con la cual pretende acreditar el actor su condición de acreedor, y entendiendo que esa copia informal o simple no presta mérito probatorio, es del caso concluir que la calidad de acreedor con la cual se legitima el demandante no se encuentra demostrada. Ahora bien, que ello no haya sido cuestionado por la fiduciaria demandada o por los otros fideicomitentes, no puede significar, sin más, que la calidad de acreedor sea admitida por el juez con la simple copia informal, según la amplia cita jurisprudencial que se dejó transcrita.

2. No sólo eso. A la comprobación de ser el demandante un acreedor anterior a la constitución del negocio fiduciario debe sumarse que lo sea en forma *cierta e indiscutible*. Si prosigue un proceso ejecutivo por obligación de hacer (suscripción de escritura pública de la venta prometida), en el que incluso es necesario el embargo[4], en el

[4] El artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989 establece, en efecto, que *"Cuando el hecho debido consista en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios que se demanden, comprenderá la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o el documento en el término de tres días, contados a partir de la notificación del mandamiento, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el artículo 503.*

Cuando la escritura pública que deba suscribirse implique la transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda

marco del mismo podrá el ejecutado (fiduciante) formular excepciones de mérito que enerven el título del acreedor por, v. gr., incumplimientos suyos a la promesa de la cual deriva el derecho que persigue (*exceptio non adimpleti contractus*). Y si busca en proceso ordinario que se declare la extinción de la fiducia y que el bien regrese al patrimonio del deudor, todo fincado en que es acreedor anterior a la constitución de la misma, también para la prosperidad de sus pretensiones tal categoría de acreedor debe ser indiscutida, cierta, en la que no haya lugar a que, luego de obtener lo buscado –la extinción de la fiducia, por ejemplo- no pueda continuar con su cometido por ser él, acreedor, deudor incumplido de obligaciones correlativas que enervaban su derecho a pedir el cumplimiento. Situación que implicaría haberle dado paso a su intromisión en el negocio fiduciario, a haberlo hundido, a la sazón sin ninguna utilidad.

3. En este caso, y de superarse el primer escollo, la condición de acreedor deviene de un contrato bilateral de promesa de compraventa en el que se pactaron obligaciones

---

dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa, y que se presente certificado que acredite la propiedad en cabeza del ejecutado. El ejecutante podrá solicitar en la demanda que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo se decrete el secuestro del bien y, si fuere el caso, su entrega una vez registrada la escritura.

No será necesario el certificado de propiedad cuando se trate de actos referentes a terrenos baldíos ocupados con mejoras, semovientes u otros medios de explotación económica, o de la posesión material que el demandado ejerza sobre inmuebles de propiedad privada sin título registrado a su favor; pero en estos casos se acompañará certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de la inexistencia del registro del título a favor del demandado.

Para que el juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documento que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro, se requiere que éstos hayan sido secuestrados como medida previa.

correlativas a su cargo, como la de abonar unas sumas que anticipaban el pago de parte del precio.

En la promesa se indica que los promitentes adquirentes se obligaron a pagar como precio la suma de $1400 millones, así: $250 millones al momento de la firma del contrato de promesa, recibidos a satisfacción; $250 millones el 25 de junio de 1994, siempre y cuando que el promitente vendedor hubiera cancelado la hipoteca que pesaba sobre el inmueble. Y $900 millones mediante un contrato de leasing inmobiliario.

Pues bien, si el instrumento del contrato de compraventa prometido debía otorgarse el 1° de diciembre de 1994, para esa data los promitentes compradores -que se presentaron a la oficina fedataria acordada en la fecha estipulada, prestos a otorgar la escritura de compraventa- debían haber amortizado el segundo contado mencionado o haber estado y estar dispuestos a hacerlo si la hipoteca se cancelaba, en caso de que ello no hubiera sido cumplido por Gonzalo Mejía. No se dejó constancia de tal respeto al precontrato en la certificación (escritura) de comparecencia ni existe prueba alguna en el expediente que, con la certidumbre que el caso reclama, así lo acredite.

Lo anterior significa que el demandante en esta causa litigiosa, debía dejar corroborado que los promitentes compradores –él dentro de ellos- eran contratantes puntuales en sus débitos, es decir, debía quedar disipada toda duda acerca de incumplimientos de obligaciones a su cargo, que le

impidieran perseguir su crédito. Recuérdese que el artículo 1609 del Código Civil consagra la excepción de contrato no cumplido, en virtud de la cual ninguna de las partes puede demandar a la otra para exigirle el cumplimiento o la resolución del contrato, si no ha cumplido por su parte o está pronta a cumplir las obligaciones que éste le impone. Si lo hace sin haber llenado este requisito, la parte demandada que no se encuentra por lo mismo en mora, puede oponer la excepción de incumplimiento (SC del 15 dic de 1973, GJ TCXLVII, n°s. 2372 a 2377, pág. 162).

No obstante, como ya se dijo, el pago de esas obligaciones previas al otorgamiento de la escritura no se encuentra establecido, pues los únicos medios probatorios que hacen referencia indirecta a ello, son unas copias informales o simples de documentos emanados de terceros, quienes hacen relación a que las sumas entregadas por los promitentes compradores del bien litigado, habrían de ser devueltas por Gonzalo Mejía en ranzón de aceptar éste su inobservancia a lo pactado, reembolso que podría llevar a cabo ante la posibilidad de este de acceder a unos recursos en razón de un proceso en el que al parecer resultaba ganancioso.

En efecto, la demanda que origina este proceso se refiere a unas comunicaciones que el actor recibió de los doctores Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui en la que informan a los promitentes compradores que Gonzalo de Jesús Mejía no podía dar cumplimiento al precontrato por razón de una demanda que entabló la persona de quien

recibió el inmueble, Justo Pastor Oliveros, pero que en todo caso "*el dinero dado como arras ($500.000.000,oo mcte) les sería devuelto tan pronto fuera posible*" (comunicación del 16 de diciembre de 1994, f. 122, c. 1). Se narra asimismo que tiempo después, el 18 de enero de 1995, los mismos profesionales manifestaron que Gonzalo de Jesús Mejía devolvería los $500 millones que le habían sido entregados, por contar con una fuente de pago descrita en el libelo. Y para corroborar lo anterior aportó fotocopias de dos comunicaciones (fls. 10 a 12, c. 1) al parecer suscritas por Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui, que el juzgado tuvo como pruebas en el auto que las decretó (f. 520, c. 1B),

Pero, nuevamente, en este caso estamos en presencia de copias simples de documentos emanados de terceros. Y si bien es cierto que la Corte en reciente sentencia (SC11822-2015, rad. n°. 11001-31-03-024-2009-00429-01) consideró que tales documentos –de carácter simplemente declarativo- aportados en copia simple podían ser evaluados desde el punto de vista probatorio por cuanto lo que se exige es, a partir de 1991, la ratificación de su contenido cuando la parte contra la cual se aducen así lo requiera, es lo cierto que en este particular caso, el señor Gonzalo Mejía, deudor de la suma que terceros diciendo actuar a nombre de él anuncian que habrá de devolver, estuvo representado por curador *ad litem*.

En otras palabras, si lo que se busca dilucidar es que el actor en este proceso es un *acreedor cierto e indiscutido* por

cuanto honró –así como los demás promitentes compradores- sus obligaciones derivadas de la promesa de compraventa que sirve de báculo para impugnar la fiducia, es protuberante la debilidad probatoria que ostentan dos fotocopias simples de documentos emanados de terceros en los que se alude tangencialmente a ese cumplimiento, puesto que la parte que puede controvertir tal aseveración, estuvo en este proceso representada por curador. Auxiliar que en la mayoría de los casos desconoce los detalles fácticos que antecedieron a la causa litigiosa, y mal puede entonces exigírsele que pida la ratificación de las declaraciones vertidas en tales piezas documentales, sin que por lo demás, dicha omisión llegue a acarrear inexorablemente que tales copias puedan ser apreciadas en toda su dimensión, como si la parte emplazada y asistida de curador *ad litem* hubiese estado de acuerdo en ese contenido. Es que cuando en 1991 (y en las leyes 446 de 1998 y 794 de 2003), en virtud del decreto 2651, tendiente a descongestionar los despachos judiciales, se suprimió la diligencia de ratificación prevista en el original artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, se entendió que la parte contra la cual se aduce la declaración del tercero vertida en el documento bien podía pedir la ratificación, pero si no lo exigía, dicha prueba podía ser valorada sin requerir ninguna formalidad. Pero extender tal consecuencia para el emplazado y sólo con base en ello tener acreditado el hecho que pretende probarse con el documento es, al menos en este caso, totalmente deleznable.

En apretada síntesis, si bien los errores denunciados por el recurrente se encuentran demostrados y hubo

necesidad de rectificar aquellos de índole jurídica cometidos por el Tribunal, la Corte, al situarse en sede de instancia encuentra que de todos modos debe mantener la decisión impugnada en atención a que no se encuentra cabalmente demostrada la condición de acreedor cierto e indiscutido que debe ostentar el pretensor para demandar la extinción de la fiducia en su condición de acreedor anterior a la constitución de ese negocio.

En consecuencia, el cargo no prospera. Mas, por la rectificación doctrinaria, se exonerará de costas al impugnante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Alfonso Contreras Lázaro frente Gonzalo de Jesús Mejía Zapata, Jairo Munarth Álvarez, Gloria Esperanza Rubio de Munarth, Aurora Esther Rubio Angulo, Campo Edmundo Rubio Angulo, Jorge Hernando Alzate Ospina, Luis Humberto Fajardo Santamaría, Selene Laverde Toro, Ciro Meyer Olarte Corredor, Selfiducia S.A. (hoy Fiduciaria Integral S.A. en liquidación) y Altanare Ltda.

Sin costas en el recursos por la rectificación doctrinaria.

Cópiese, notifíquese y, en su momento, devuélvase.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente

MARGARITA CABELLO BLANCO

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

(Impedimento)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA