



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC380-2018

Radicación n° 11001-31-03-003-2005-00368-01

(Aprobado en sesión de siete de febrero de dos mil dieciocho).

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Decídese el recurso de casación interpuesto por el Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. contra la sentencia de 8 de noviembre de 2012, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que la recurrente promovió frente a la Fiduciaria Tequendama S.A., hoy Servitrust GNB Sudameris S.A., quien a su vez llamó en garantía a Codinem Consulting Company.

ANTECEDENTES

1.- La sociedad accionante solicitó se declare a la convocada civilmente responsable por la indebida constitución del Patrimonio Autónomo Codinem Consulting, resultante del contrato de fiducia mercantil irrevocable de

administración y pagos celebrado el 28 de junio de 2002 entre Fiduciaria Tequendama S.A. y Codinem Consulting Company; así como que se le condene a pagar a favor de la demandante el saldo insoluto del crédito que éste concedió a la fideicomitente, corregido monetariamente y con intereses comerciales moratorios.

2. Tales pretensiones, en resumen, tuvieron el siguiente sustento fáctico:

2.1. Constructora Codinem Ltda. celebró con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los Estados Unidos de América (COE), el contrato IDIQ DACA01-00-D-0026, para el diseño, desarrollo y ejecución de varias obras, de acuerdo con órdenes de trabajo que remitiría el último.

2.2. Tal pacto fue cedido por la contratista a Codinem Consulting Company, la que para su ejecución pidió un crédito al Banco Tequendama, entidad que a su vez requirió la creación de una fiducia mercantil irrevocable con la entidad demandada, en la modalidad de administración y pagos, que se perfeccionó el 28 de junio de 2002 y tenía por objeto manejar los recursos entregados en mutuo, los recibidos por avances de obra tras la ejecución del acuerdo celebrado con el COE y los dineros provenientes de un fondo de reserva («*escrow account*») que había exigido el COE como garantía de cumplimiento y estabilidad de las edificaciones.

2.3. Las obligaciones de la fiduciaria eran, principalmente, conformar con esos recursos un patrimonio

autónomo para la administración -mediante subcuentas independientes- de los ingresos y egresos relacionados con cada orden de trabajo, así como pagar las obligaciones contraídas por el fideicomitente según la prelación de pagos establecida en el contrato y en el manual operativo; mientras que la fideicomitente se obligó a ceder al fideicomiso los derechos económicos derivados del contrato IDIQ DACA01-00-D-0026 y los recursos que fuesen liberados del «*escrow account*», así como realizar las notificaciones al banco que maneja este fondo de reserva y al COE, de modo que quedasen advertidos de efectuar los pagos exclusivamente en las cuentas abiertas por el fiduciario.

2.4. El Banco Tequendama fue incluido como beneficiario de la fiducia por ser, en la época de su constitución, el único acreedor financiero del patrimonio autónomo.

2.5. Posteriormente, en octubre de 2003, con el fin de cumplir con la orden de trabajo n.º 13, Codinem Consulting Company solicitó y obtuvo del Banco Colpatria un cupo de crédito por \$1.500'000.000, ofreciendo como garantía de pago la totalidad de los recursos económicos derivados de la ejecución de la aludida orden, lo que generó la modificación del contrato de fiducia a través del otrosí n.º 3 de 24 de diciembre de 2003, con el cual Colpatria fue incluida como beneficiaria de la fiducia únicamente respecto de los derechos económicos derivados de la ejecución de la orden en comento.

2.6. Hasta el mes de enero de 2004 los recursos provenientes de la ejecución de las órdenes de trabajo ingresaron a las cuentas del patrimonio autónomo, lo que permitía a la Fiduciaria realizaba los pagos respectivos. Sin embargo, a partir de febrero de ese mismo año no se recibieron más dineros provenientes del COE, debido a que los entregó directamente a Codinem Consulting Company, a pesar de que el contrato IDIQ DACA01-00-D-0026 seguía ejecutándose por ésta.

2.7. Frente a los requerimientos de Fiduciaria Tequendama por la falta de pago a favor del patrimonio autónomo, el COE manifestó no tener relación contractual directa con ninguno de los dos, pues su único vínculo era con Codinem Consulting Company.

2.8. Adujo la demandante que, la omisión en el ingreso de los pagos a la cuenta del patrimonio autónomo, se generó por la impropia e insuficiente notificación al COE sobre la cesión de los derechos económicos derivados del contrato IDIQ DACA01-00-D-0026, lo que, en últimas, revela que fue indebidamente constituida la fiducia.

2.9. Agregó que ante la falta de dineros la Fiduciaria propuso iniciar acciones legales contra la fiduciante, en desarrollo de lo cual obtuvo concepto de un abogado externo quien, entre otras cosas, aseveró que consiguió información acerca de *«que el fideicomitente debía diligenciar una forma ante el COE para efectos de la cesión de los derechos derivados del tan mencionado contrato y éste no lo hizo en*

perjuicio del patrimonio autónomo; lo que le impide a la fiduciaria, adelantar gestiones y acciones ante el COE».

Por lo tanto, deduce la peticionaria, la Fiduciaria debió saber de la existencia de una formalidad exigida por el COE para la notificación de la cesión mencionada, lo cual deja ver que no actuó como un verdadero profesional, generando que el fideicomiso quedara mal constituido, a lo que se suma que omitió pedir al COE certificar si los derechos económicos del contrato habían sido cedidos al patrimonio autónomo, todo en desmedro del Banco Colpatria, al cual se le adeudan \$737'384.040,41.

3.- Una vez vinculada al pleito, la enjuiciada se opuso a todas las pretensiones aduciendo que era obligación del fideicomitente perfeccionar la cesión y notificar de la misma al COE; que de cualquier forma dichas diligencias sí fueron realizadas porque ésta entidad aceptó la cesión según lo certificó por escrito, al punto que en desarrollo del contrato ejecutó su relación contractual con la fiduciaria durante un largo lapso, mediante consignaciones en las cuentas bancarias de la fiducia; propuso como excepciones perentorias las que denominó «*ausencia de culpa y de dolo de la fiduciaria*», «*cumplimiento del contrato de fiducia*» y «*buena fe exenta de culpa*».

Adicionalmente llamó en garantía a Codinem Consulting Company, entidad que fue vinculada a través de curador *ad litem*, previo emplazamiento, quien formuló la defensa meritoria de «*ausencia de causa para demandar a*

Codinem Consulting Company, tanto de parte del Banco Colpatria como de la Fiduciaria Tequendama, toda vez que la conducta que supuestamente genera los perjuicios no es imputable a mi representada».

4.- El Juzgado Trece Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, en fallo de 23 de abril de 2012, desestimó las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía.

5.- Al desatar la apelación interpuesta por la entidad promotora, el 8 de noviembre de 2012 el Tribunal confirmó la providencia atacada.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juzgador *ad quem* recordó en qué consiste el contrato de fiducia mercantil, con sus características, definió la acción bajo estudio como de responsabilidad civil contractual, evocó los presupuestos de ésta y, seguidamente, abordó su estudio.

Para este propósito señaló que fue probado el contrato de fiducia mercantil relatado en la demanda; el otrosí con el cual el Banco Colpatria fue incluido como beneficiario; que ésta entidad fue citada a la junta de socios de la demandada para enterarla del estado de su acreencia; que Fiduciaria Tequendama habló con el fideicomitente y con el Pelican Nacional Bank, sobre los dineros que debían ingresar por facturación y liberados del «escrow account» a las cuentas extranjeras pertenecientes al patrimonio autónomo; que este Banco entregó recursos directamente y sin autorización, a

Codinem Consulting Company; los requerimientos posteriores que la Fiduciaria hizo al COE y a Codinem Consulting Company, para que acataran lo convenido en el fideicomiso; y que Colpatria provocó la terminación del fideicomiso.

También aseveró que Codinem Consulting Company notificó al COE sobre la cesión a favor del fideicomiso de los derechos derivados del contrato IDIQ DACA01-00-D-0026; que el deudor cedido aceptó por escrito tal traspaso; que la demandada, a través de su representante legal, ratificó estos hechos en la declaración que rindió, añadiendo no haberse enterado de que el COE exigió el diligenciamiento de un formato para tales efectos; que hasta después del año 2004 conoció de esta última exigencia, cuando se lo comunicó un abogado externo en Miami contratado precisamente porque el COE dejó de consignarle al patrimonio autónomo; y que la Fiduciaria canceló deudas hasta que los recursos recibidos se agotaron, siendo del resorte del fideicomitente cubrir los saldos porque así fue estipulado.

Además refirió, el fallador de segundo grado, que Colpatria allegó documentos que dan cuenta de que, a 24 de septiembre de 2009, Codinem le adeuda por capital e intereses \$1'489.533,89; y que el interrogatorio absuelto por el representante del Banco Colpatria y la versión de María del Pilar Amado Rivera coinciden con los hechos alegados en la demanda, en el sentido de precisar las motivaciones de esa entidad para desembolsar el préstamo pedido por Codinem;

a lo que el primer declarante añadió que hubo falta de diligencia de la Fiduciaria.

A continuación, el fallador de última instancia concluyó que el diligenciamiento de un formato exigido por el COE, para perfeccionar la cesión realizada por la fideicomitente, es una alegación carente de prueba, como también lo es que de allí se derive la suspensión de los pagos a favor del fideicomiso; al punto que durante un lapso considerable el COE sí hizo pagos parciales en las cuentas del patrimonio autónomo por las órdenes de trabajo ejecutadas por Codinem, según se desprende de la prueba documental acopiada, la que también revela que el COE consignó dineros directamente a la fideicomitente.

Adicionalmente coligió que, aun de aceptarse que el aludido formato era necesario para que operara la cesión, no sería próspera la pretensión por la inexistencia de incumplimiento de la Fiduciaria, toda vez que era al fideicomitente al que le correspondía notificar al COE la cesión a favor del fideicomiso de los derechos económicos derivados del contrato IDIQ DACA01-00-D-0026 y de los recursos existentes en el «*escrow account*».

Así las cosas, Fiduciaria Tequendama honró los deberes que el artículo 1234 del Código de Comercio le impone, pues procuró desarrollar el objeto fiduciario en lo que a su alcance estuvo, al requerir a los demás intervinientes para que cumplieran sus compromisos, tras la omisión del COE de poner a disposición los recursos correspondientes a la orden

de trabajo n.º 13, con los que, exclusivamente, se garantizó el pago de la acreencia a favor del Banco Colpatria.

Por ende, no hubo culpa grave de la demandada, al tenor del artículo 1243 de la obra en cita, pues no se acreditó su negligencia ni el incumplimiento alegado en el libelo, máxime cuando la jurisprudencia relacionada con el contrato de fiducia mercantil ha establecido que sus deberes están limitados por lo convenido en el contrato que celebra con el fiduciante.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos reproches fueron planteados en el escrito de sustentación, de los cuales la Sala sólo admitió el inicial.

CARGO PRIMERO

1.- Acusó la sentencia de última instancia de conculcar indirectamente los artículos 1243 y los numerales 1º y 4º del canon 1234 del Código de Comercio, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la valoración del acervo probatorio.

2.- En desarrollo del reproche el casacionista expresó que el Tribunal pretirió los siguientes elementos de prueba:

2.1. El concepto expedido por un profesional del derecho, del que se desprende que la falta de diligenciamiento del formato exigido por el COE provocó la

apropiación de los dineros del patrimonio autónomo por el fideicomitente.

2.2. La misiva del 6 de septiembre de 2004, enviada por el Banco Colpatria a Fiduciaria Tequendama, en la que aquella entidad pidió explicaciones respecto de la conclusión del abogado mencionado en precedencia; y se quejó por no habérsela notificado en la rendición de cuentas celebrada, de lo que tampoco se dejó constancia en las actas del comité del fideicomiso.

2.3. La comunicación de fecha 13 de mayo de 2003, expedida por Codinem con destino al «*escrow account*» comprometiéndose a cumplir todos los requisitos exigidos en el fideicomiso, la cual denotó, según el recurrente, que no bastaba el simple aviso de cesión, así como el deber de información y cumplimiento que yacía en Fiduciaria Tequendama, pues se trataba de un documento necesario para la conformación del patrimonio autónomo.

2.4. Otro escrito de 15 de octubre de 2004, enviado por la Fiduciaria Tequendama al Banco Colpatria, reconociendo que se enteró de manera sobreviniente de la desviación de los recursos de la fiducia, así como de la exigencia adicional del COE relacionada con un trámite formal, esto último debido a información suministrada por un grupo de abogados que contrató en los Estados Unidos de América con el fin de adelantar acciones legales.

2.5. La rendición de cuentas que la Fiduciaria hizo a los beneficiarios del patrimonio autónomo, así como al fideicomitente, el 14 de enero de 2005, en la cual informó la conclusión del primer abogado y los avances del juicio instaurado en los Estados Unidos de América.

3.- Además, adujo la promotora, el fallador *ad-quem* tergiversó el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la convocada, al aseverar que se perfeccionó la cesión así como su notificación al COE porque éste realizó pagos al patrimonio autónomo, toda vez que en dicha declaración no se negó que fuera obligatorio diligenciar un formato adicional para darle plena eficacia a la cesión de derechos económicos del fideicomitente; por el contrario, hubo confesión acerca de que un segundo abogado, contratado en Miami, informó que el COE exigió la formalidad aludida, como lo había conceptuado previamente otro profesional del derecho.

Esto corrobora la responsabilidad de la enjuiciada, máxime si el Banco Colpatria concedió el crédito pedido por Codinem debido a que una Fiduciaria seria y reconocida administraba la fuente de recursos con los cuales sería cancelado.

4.- También alteró el contenido de las comunicaciones cruzadas entre la Fiduciaria, Codinem y el COE, como quiera que no demuestran el diligenciamiento del formato exigido por éste último; ni que la primera hubiera verificado la debida conformación del patrimonio autónomo.

5.- Esas falencias en la estimación de los medios de convicción llevaron al Tribunal a colegir, erradamente, que no fue acreditada la exigencia del COE respecto de un procedimiento adicional y necesario para perfeccionar la cesión hecha por la fiduciante, no obstante que sí estaba probado ese requisito y que debía ser conocido por la Fiduciaria Tequendama.

Es que ésta empresa omitió informarse y verificar la observancia de los presupuestos indispensables para que los recursos destinados al patrimonio autónomo ingresaran, lo que pone al descubierto su incumplimiento, máxime que las empresas fiduciarias responden, incluso, por la culpa leve en el desempeño de sus funciones, por tratarse de un profesional especializado y remunerado.

Por lo tanto, se generó la vulneración del ordenamiento sustancial contenido en los artículos 1243 y 1234 numerales 1° y 4° del Código de Comercio por pretermisión, toda vez que fueron mostrados los actos culposos en la gestión de la Fiduciaria, consistentes en no enterarse -debiendo estarlo- de la aludida exigencia del COE y porque es deber del gestor fiduciario responder por la idoneidad y eficacia de la garantía, que en el caso de autos era la fuente de pago para los beneficiarios, porque lo contrario implicaba desatender los supuestos para la integración y fondeo del patrimonio autónomo, como efectivamente ocurrió, ya que el Tribunal reconoció que el COE entregó recursos directamente a Codinem Consulting Company.

6.- Así mismo, aun cuando las comunicaciones cruzadas entre los intervinientes en el negocio demuestran «*alguna gestión en la notificación (de la cesión) de los derechos económicos del contrato IDIQ DACA01-00-D-0026*», de ellas no se deriva el acatamiento del requisito formal echado de menos por el COE; y sí dejan ver el favorecimiento que Fiduciaria Tequendama hizo al Banco Tequendama, ambos integrantes del mismo grupo económico, porque intentó hacer parecer que el fideicomiso estaba en regla, cuando no era así.

En efecto, la comunicación de 19 de febrero de 2004, con la cual Fiduciaria Tequendama solicitó a Britt A. Knox informar qué dineros cobró Codinem por cada obra desde junio de 2003 y cuánto falta por facturar, muestra que la Fiduciaria no tenía idea de las sumas cobradas por la fideicomitente al COE por cada encargo ejecutado, lo que se repitió hasta el año 2005.

En ese escrito la Fiduciaria Tequendama también solicitó al COE que a la fideicomitente le fueran adjudicadas más obras, actitud imperdonable si se tiene en cuenta que se trata de una empresa especializada en la materia, que ya había detectado la anomalía consistente en el recibo de dineros de forma directa por Codinem.

Así mismo, denotó impericia de la accionada el que, en la rendición de cuentas celebrada el 14 de enero de 2005, informara que la operación de la cuenta «*escrow account*» presentaba inconsistencias entre enero y diciembre de 2004,

por desconocer el saldo de las obras financiadas; además, Fiduciaria Tequendama no sabía qué sumas de dinero fueron entregadas por el COE a Codinem; todo lo cual deja ver que ésta última fue quien prácticamente terminó administrando el fideicomiso, circunstancia que aparece ratificada con el requerimiento -por demás tardío- que el 5 de abril de 2004 le hizo la Fiduciaria para que cumpliera el pacto fiduciario, endilgándole haber instruido al COE para que le consignara directamente las sumas debidas.

Añadió que en otras cartas, como la de 19 de febrero de 2004 dirigida al interventor del contrato, Fiduciaria Tequendama sólo mencionó al Banco Tequendama como beneficiario del patrimonio autónomo; que hasta el 26 de febrero siguiente requirió a Codinem para que pusiera a disposición del fideicomiso los dineros que recibió directamente, lo que, extrae la recurrente, muestra que *«ambas partes estaban del mismo lado»*, pues le dio la posibilidad de dar recursos propios para nutrir la fuente de pago; y prueba que únicamente estaba preocupada porque fueran cubiertas las acreencias del Banco Tequendama, pues de *«ahí en adelante Fiduciaria Tequendama se dedica a ejercer control y vigilancia sobre las Task Orders (órdenes de trabajo) donde fungiera como Beneficiario el Banco Tequendama»*, sin mencionar las del Banco Colpatria, al punto que la orden de trabajo n.º 13 fue ejecutada en su totalidad, que a ésta última entidad no se le pagó su acreencia y que al Banco Tequendama sí se le cancelaron \$12.899'700.542 de una acreencia de \$16.432'462.723.

Por ende, el Juzgador se equivocó al colegir que la prueba documental recaudada daba cuenta del cumplimiento de las obligaciones de la empresa fiduciaria, pues la analizó con sesgo para menospreciar las que evidenciaban su mala diligencia.

7.- Adicionó la impugnante que el logro de la finalidad de la fiducia es una obligación indelegable, porque la ley ni la jurisprudencia la exoneran de dicha responsabilidad, de allí que el Tribunal también erró al colegir que el pacto ajustado entre las partes desvirtuaba tal compromiso, fundado en que acordaron que correspondía a la fideicomitente notificar, al COE, la cesión de los derechos de aquella a favor del patrimonio autónomo.

CONSIDERACIONES

1.- Cuestión de primer orden es precisar que, a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1° de enero de 2016, al *sub lite* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5° de su artículo 625, que los recursos ya interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Y como el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga rigiéndolo, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2.- La vía indirecta invocada por la recurrente en la modalidad de error de hecho en la valoración probatoria o la interpretación de lo pedido, sucede ostensiblemente cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de las pruebas o el escrito genitor del litigio, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma en que se desató el debate, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, lo que aparece palmario o demostrado con contundencia.

Sobre el punto indicó la Sala:

[E]l error de hecho, que como motivo de casación prevé el inciso segundo, numeral primero, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error ‘atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho’ (G. J., T. LXXVIII, página 313) (...) Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada, de tal suerte que, de no haberse incurrido en esa sinrazón, otra hubiera sido la resolución adoptada (...) Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, ‘cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio’ del juez ‘está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio’, lo que ocurre en aquellos casos en que él ‘está convicto de contraevidencia’ (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es ‘de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso’ (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que ‘se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía’ (G. J., T. CCXXXI, página 644). (CSJ SC 21 feb. 2012, rad. n°

2004-00649, reiterada en SC de 24 jul. 2012, rad. n° 2005-00595-01).

3.- Con base en tales premisas la Sala concluye que el cargo será desestimado, por lo siguiente:

3.1. El Tribunal no omitió la valoración del concepto expedido por un profesional del derecho, que obra a folios 58 al 67 del cuaderno 1, el cual reza que la falta de diligenciamiento del formato exigido por el COE provocó la apropiación de los dineros del patrimonio autónomo por el fideicomitente.

Por el contrario, el fallo deja ver que fue apreciado pero no mereció plena credibilidad, como quiera que esa sede judicial consideró que *«(d)e lo anotado, se tiene que no está probada la existencia del mencionado formato como requisito para formalizar la cesión de derechos, como tampoco, que fuera su no diligenciamiento lo que causó la suspensión de transferencias al fideicomiso, pues las pruebas referidas no llevan a conclusión alguna al respecto. Efectivamente, como se ha dicho, nada en las pruebas recaudadas lleva al convencimiento de que C.O.E. (Corps Of Engineers), exigiera para hacer efectiva la cesión de derechos, la que fue notificada y aceptada (fls. 125, 126, 129), un formato especial sin el cual no pudiera hacer efectiva su actuación, **siendo tal cuestión un simple rumor fundado en el decir de terceras personas que ni siquiera fueron identificadas o citadas al proceso** (fl. 61, 253).»* (Hoja 13 de la sentencia. Resaltado ajeno al texto).

Así las cosas, el juzgador de última instancia apreció el documento de marras, al punto que señaló el folio del expediente en el cual estaba insertado, que coincide con el invocado por el casacionista. No obstante, le restó fuerza demostrativa, al considerar que quien lo suscribió no fue citado al proceso para corroborar lo dicho en él.

Por ende, sí hubo valoración del aludido elemento persuasivo. Distinto es que no se le diera credibilidad plena.

3.2. Ahora, si bien el *ad-quem* olvidó apreciar distintas comunicaciones obrantes en el plenario, como la de 6 de septiembre de 2004 enviada por el Banco Colpatria a Fiduciaria Tequendama, la de 13 de mayo de 2003 expedida por Codinem con destino al «*escrow account*» y la de 15 de octubre de 2004 remitida por la Fiduciaria Tequendama al Banco Colpatria; así como el acta contentiva de la rendición de cuentas de 14 de enero de 2005; dicha omisión carece de trascendencia como pasa a verse:

3.2.1. De un lado, porque si el fallador coligió que la exigencia del formato adicional pedido por el COE no estaba demostrada, vano resulta auscultar si la demandada debió conocerlo o no.

Por supuesto que cae en el vacío el conocimiento de un requisito sin que previamente se verifique su existencia.

De allí que tampoco alterara los demás medios de convicción documentales a que alude el cargo, esto es, las

misivas cruzadas entre la Fiduciaria, Codinem y el COE, porque la impugnante, de nuevo, las erige para resaltar que no fue cumplido el presupuesto formal exigido por el COE (diligenciamiento de un escrito para culminar la cesión) y que de esto no se percató la accionada; no obstante que, como ya se anotó, el Tribunal coligió que no se probó la necesidad del referido requisito, de donde era vano dilucidar si debió ser conocido.

3.2.2. Y de otro lado, porque de tales documentos no se derivan las conclusiones a que alude el cargo:

En efecto, la primera de ellas corresponde a una petición que Colpatria hizo a la demandada, para que le esclareciera si conoció la exigencia que el COE hizo relativa al diligenciamiento de una forma para viabilizar la cesión de los derechos económicos del fideicomitente a favor del patrimonio autónomo; mientras que la tercera contiene la respuesta negativa a dicha solicitud, porque la Fiduciaria Tequendama indicó que se enteró después de que cesaron los pagos, en el mes de febrero de 2004, y gracias a la gestión que encomendó a un abogado.

La segunda comunicación denota que Codinem le notificó al «*escrow account*» estar dispuesta a cumplir los requisitos exigidos por el fideicomiso, sin describirlos; al paso que la rendición de cuentas ratifica que a los beneficiarios del patrimonio autónomo se les informó, el 14 de enero de 2005, sobre el estado contable de sus créditos, esto es, con posterioridad a la desviación de dineros iniciada en febrero

de 2004 y las gestiones jurídicas desplegadas con ocasión de tal anomalía.

Es decir que dichos documentos no prueban la asunción por parte de la convocada de responsabilidad o acto de negligencia alguno, toda vez que, al tenor de las consideraciones del juez colegiado, al fideicomiso empezaron a ingresar los dineros como había sido convenido; y con posterioridad, según las fechas de expedición de los aludidos escritos, cuando se detectó la desviación de los recursos, las partes cruzaron información enterándose de este descubrimiento y que la fiduciaria emprendió gestiones como vocera del contrato de fiducia.

Con otras palabras, el fallo concluyó que Fiduciaria Tequendama cumplió sus deberes legales y contractuales porque recibió dineros por parte del COE por espacio de 16 meses, lo que se mostraba suficiente para razonar que el patrimonio autónomo carecía de anomalía alguna en su constitución; así como que, por los documentos que recibió suscritos por el Fideicomitente y el COE que daban cuenta del enteramiento de la cesión de los derechos de la primera a favor del patrimonio autónomo, era natural colegir que el acuerdo de voluntades se perfeccionó y todo estaba en regla.

Así mismo dedujo que, una vez desviados los pagos por el COE en febrero de 2004, requirió por escrito a las empresas intervinientes para que ajustaran su comportamiento al contrato de fiducia, para posteriormente

adelantar gestiones legales en desarrollo de sus deberes legales y contractuales; lo cual muestra su diligencia.

La demandante no comparte esa valoración probatoria y finca su reclamo en que Fiduciaria Tequendama se enteró tardíamente de una exigencia formal que hizo el COE para convalidar la cesión de los derechos del fideicomitente, porque tal conocimiento lo obtuvo con posterioridad al desvío de varios recursos del fideicomiso, de donde obró al margen de sus deberes como quiera que debió informarse previamente, omisión que generó la indebida constitución del patrimonio autónomo.

Entonces, la alegación de la reclamante pone al descubierto que su inconformidad no pasa de ser una disparidad de criterios, en la medida en que el fallador extractó de los mismos hechos establecidos por la impugnante un actuar diligente del comportamiento desplegado por la enjuiciada, mientras que ella evoca otra interpretación del acervo probatorio para extraer una conclusión distinta.

Como revelan tales planteamientos, se trata de una diferencia conceptual en cuanto a la oportunidad de las gestiones que hizo la encartada y su deber de enteramiento sobre una exigencia no acreditada, mas no de un yerro protuberante del Tribunal en la estimación de los elementos de prueba recaudados en el litigio, de allí que tal crítica sea insuficiente para hallar prosperidad a este mecanismo de defensa.

Es que no es de recibo la impugnación extraordinaria fundada tan sólo en un ejercicio de ponderación probatoria diferente al plasmado en la providencia atacada, porque ello desconocería la doble presunción de legalidad y acierto de que está revestida la sentencia, por cuanto las conclusiones del juez fundadas en el examen de los elementos fácticos son, en principio, intocables, salvo la demostración de un yerro, evidente y trascendental, que en el caso de autos no se develó.

Recuérdese que es deber del recurrente en casación acreditar que los errores endilgados al operador de justicia no sólo existieron sino que son tan graves que a simple vista se revelan, es decir, que no cabía la más mínima posibilidad de que el juzgador hubiese trasegado por la senda que escogió.

Sobre esto la Corte ha reiterado que:

(...) aunque el análisis fáctico y jurídico que efectuó el juzgador ad quem pudiera ser discutible, y al margen de si la Corte lo prohíba o no, lo cierto es que tal proceder hermenéutico llega al escenario de la casación acompañado de una presunción de legalidad y acierto, la cual debe ser desvirtuada por el recurrente, dentro de los parámetros de la específica causal primera que invoca, en la modalidad de error de hecho (vía indirecta), mediante la singularización y demostración de evidentes y trascendentes errores en la contemplación objetiva del material probatorio, situación que no se dio en este caso, pues el censor tan solo expuso su particular visión del asunto, insuficiente de suyo para quebrar el fallo del Tribunal. En relación con asuntos de este temperamento, la Sala, de manera reiterativa, ha señalado que ‘sólo cuando la tesis que expone la censura es la única admisible es procedente abrirle paso al recurso’ (Cas. Civ., sentencia del 31 de enero de 2005, Exp. 7872), en el entendido de que ‘allí donde se (...) enseñoree la dubitación, no puede salir airoso el recurso extraordinario de casación, cuya procedencia privativamente finca en la certeza, en sí misma ajena a la hesitación’ (Cas. Civ.,

sentencia del 31 de marzo de 2003, Exp. 7141). En otras palabras, un fallo judicial ‘no se puede socavar mediante una argumentación que se limite a esbozar un nuevo parecer, por ponderado o refinado que sea, toda vez que, in abstracto, tanto respeto le merece a la Sala el criterio que en esos términos exponga la censura, como el que explicitó el fallador para soportar su decisión judicial’ (Cas. Civ., sentencia del 5 de febrero de 2001, Exp. 5811). (CSJ SC 19 dic. 2012, rad. 2006-00164-01).

Entonces, las falencias endilgadas al operador de justicia no se configuraron, habida cuenta del desarrollo que tuvo el contrato durante varios meses, por lo que la conclusión que extractó el operador judicial ni siquiera merece reparo, al tratarse de una de las posibles interpretaciones que emanan de las pruebas recogidas.

3.3. Lo mismo debe afirmarse en relación con los argumentos de la censura según los cuales las comunicaciones cruzadas entre los intervinientes en el negocio demuestran el favorecimiento que Fiduciaria Tequendama hizo al Banco Tequendama, al intentar hacer parecer que el fideicomiso estaba en regla, sin estarlo; esto es, que esos escritos también muestran concordancia con las conclusiones extractadas por el Tribunal.

Efectivamente, la comunicación de 19 de febrero de 2004, con la cual Fiduciaria Tequendama solicitó a Britt A. Knox informar qué dineros facturó Codinem por cada obra desde junio de 2003 y cuánto falta por facturar, evidencia el adelantamiento de indagaciones para establecer qué recursos fueron desviados, más no significa -como lo alega el cargo- que la Fiduciaria careciera del más mínimo conocimiento sobre las sumas cobradas por la fideicomitente

al COE por cada obra ejecutada; como quiera que elevar un cuestionamiento no siempre implica desconocimiento total de los hechos.

Que la accionada en la rendición de cuentas celebrada el 14 de enero de 2005 informara que la operación de la cuenta «*escrow account*» presentaba inconsistencias entre enero y diciembre de 2004, no muestra impericia de la Fiduciaria ni que la fideicomitente fuera la que administró el fideicomiso, sino que se percató del desvío de los recursos del patrimonio autónomo y lo dio a conocer a los interesados.

Igualmente, que en carta de 19 de febrero de 2004, dirigida al interventor del contrato, Fiduciaria Tequendama sólo mencionara al Banco Tequendama como beneficiario del patrimonio autónomo, a lo sumo revela un *lapsus* en la redacción de la citada misiva, más no un acto de favorecimiento para un beneficiario del patrimonio autónomo en desmedro del otro, pues para que ésta situación se configurara no basta con que en un escrito dirigido al interventor del contrato se omitiera el nombre de unos de los beneficiarios.

Así mismo, que la enjuiciada requiriera el 26 de febrero de 2004 a Codinem para que trasladara al fideicomiso los dineros que recibió directamente del COE, tampoco prueba una gestión tardía, pues se recuerda que fue en ese mes en el cual dejaron de ingresar los dineros al patrimonio autónomo. De allí que el Tribunal asumiera que la actividad

de la Fiduciaria fue diligente, contrario a lo alegado en la demanda.

3.4. Igual sucede en relación con la supuesta tergiversación del interrogatorio de parte que absolvió la convocada, es decir, que no se dio, porque el Tribunal extrajo de él lo mismo que alega la recurrente, esto es, que la demandada se enteró del requisito adicional exigido por el COE después de la desviación de los recursos del fideicomiso; que dicho formalismo se lo comunicaron los profesionales del derecho que contrató con posterioridad a aquel hecho para iniciar acciones legales contra la fideicomitente; y que Fiduciaria Tequendama tuvo como perfeccionada la cesión debido a que por espacio de 16 meses el COE consignó al patrimonio autónomo los pagos por las obras ejecutadas por Codinem.

Distinto es que de dicha situación fáctica el fallador *ad-quem* no hubiera extractado un actuar culposo de la enjuiciada, sino que, por el contrario, la justificara.

3.5. Finalmente, que el Tribunal llegara a la conclusión de que la responsabilidad de la convocada no abarcaba la notificación de la cesión hecha por Codinem a favor del Fideicomiso, porque en el pacto ajustado entre las partes se responsabilizó de tal trámite a la cedente, tampoco denota error alguno, si en la cuenta se tiene que dicha resolución guarda correspondencia con la jurisprudencia que sobre la responsabilidad del fiduciario ha explicitado la Corte, a saber:

El fiduciario (...) es un gestor profesional de intereses ajenos, en cuanto actúa en representación de ese patrimonio autónomo. De ahí que, en principio, tiene todas las facultades necesarias para cumplir la finalidad señalada en el fideicomiso, con las limitaciones que se deriven de los términos estipulados o de las reservas efectuadas por el fiduciante al momento de la constitución, inclusive con las incompatibilidades que se presenten al logro de esa finalidad.

El artículo 1234, numeral 1° del Código de Comercio, señala como un deber indelegable del fiduciario, “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”. No obstante, dada la amplitud de la disposición, se entiende que el cargo no puede ejercerse sin limitación alguna, sino que debe circunscribirse a las instrucciones que se hayan impartido en el acto constitutivo, si las hay, obviamente, o en función de la finalidad misma del contrato, es decir, de la voluntad del constituyente.

Ahora, como en la ejecución del fideicomiso los conflictos de intereses no se pueden evitar, de inmediato surge el interrogante de si el fiduciario se encuentra facultado para resolverlos. La respuesta, indiscutiblemente, debe ser negativa, porque cuando la responsabilidad en el cumplimiento de sus deberes se encuentra en juego, no puede ser juez y parte, so pena de poner en entredicho, como es apenas obvio, la garantía fundamental a un debido proceso y los principios de imparcialidad e independencia anejos a toda función judicial.

En consonancia, la Corte tiene explicado que la “ley precisó el contenido de la obligación del fiduciario: administrar o enajenar los bienes fideicomitidos (art. 1234 ib.), pero no impuso limitación alguna en lo tocante con el propósito de la fiducia, de suerte que este puede ser delineado con libertad por el fideicomitente, desde luego que no en términos absolutos, como quiera que siempre deberán respetarse los límites impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1524 inc. 2 C.C.)”. (CSJ SC de 15 sep. 2009, rad. n° 1991-15015-01).

En tal orden de ideas, si Codinem Consulting Company acordó con la fiduciaria que cedería los derechos que tenía en el contrato IDIQ DACA01-00-D-0026, en el que fungía como contratante el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los Estados Unidos de América (COE), y que el

perfeccionamiento y notificación de dicha cesión sería responsabilidad del fiduciante -aspecto pacífico en el litigio como quiera que dicho pacto no fue desconocido por ninguno de los intervinientes-; no se muestra desacertada la conclusión del Tribunal, a cuyo tenor no existió conducta reprochable para Fiduciaria Tequendama, porque era al fideicomitente a quien correspondía notificar al COE de la citada cesión.

Por lo tanto, la omisión en el diligenciamiento de una forma -de haber sido acreditada-, no implicaba un incumplimiento de la demandada respecto de las funciones que adquirió o derivadas del contrato de fiducia.

Es más, agrega la Corte, si con detenimiento se mira el desarrollo contractual que tuvo el negocio fiduciario, bien pronto se descubre que el Banco Colpatria, *ab initio*, era conocedor de los términos que enmarcaban al Patrimonio Autónomo Codinem Consulting, los que consintió, puesto que para la época en que Codinem le solicitó la apertura de un cupo de crédito al Banco Colpatria, éste supo que en el fiduciante fue radicada la responsabilidad de realizar la cesión de los derechos económicos derivados del contrato IDIQ DACA01-00-D-0026 y de notificarla al contratante, todo porque se trataba de hechos pasados, en la medida en que el patrimonio autónomo se encontraba constituido y llevaba operando por más de un año.

De allí que deba traerse a colación un pronunciamiento de la Sala, en el cual se dijo que:

Desde luego que al momento de constituirse la fiducia, el fiduciario tiene el deber de cerciorarse de que los bienes que le son transferidos (transferencia formal), tengan la aptitud jurídica y económica para servir de garantía. Y es claro también, que en el desarrollo del contrato, el fiduciario debe prestar especial atención para que exista la proporción adecuada entre el valor de los bienes fideicomitidos y la cuantía de las obligaciones que se pretenden garantizar a los beneficiarios, de suerte que, en ningún caso, se rompa esa ecuación. Pero a ello no le sigue que el candidato o potencial beneficiario pueda soslayar el deber que le corresponde de analizar y verificar la admisibilidad jurídica y económica de la garantía que se le ofrece, so capa de la intervención del fiduciario que es un tercero ajeno a la relación crediticia a la que accede la garantía, y que, por tanto, en puridad, no responde por la suficiencia de la misma. (CSJ SC de 18 may. 2006, rad, n° 7700, reiterado en SC de 4 dic. 2009, rad. n° 1995-2415-01).

4.- Total, los errores de hecho endilgados al juzgador de última instancia no ocurrieron, porque lo que realmente expuso la recurrente es una forma alterna de valorar el acervo probatorio, lo cual desemboca en la desestimación del único cargo bajo estudio.

5.- A pesar de que las anteriores consideraciones bastan para desechar el reproche bajo estudio, la Corte destaca que, en el evento de que se coligiera que sí existieron los yerros alegados -los que aparecen desvirtuados-, tampoco sería viable acceder al reclamo extraordinario, pues si la Sala tuviera que situarse en sede de instancia, colegiría que no están cumplidos todos los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad contractual invocada.

Lo anterior por cuanto la prosperidad de una pretensión como la referida supone la presencia y comprobación plena de los elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se

han tenido para tal efecto, como son: i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposos), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño).

Ciertamente, con respecto al último de dichos presupuestos axiológicos -el daño-, se observa que el Banco demandante se limitó a acreditar el saldo del préstamo que otorgó a Codinem, sin más.

Sin embargo, una revisión de la situación fáctica deja ver que dicho perjuicio no está representado en el valor del mencionado crédito, porque el Banco Colpatria, como lo manifestó en la demanda génesis del litigio, fue incluida como beneficiaria del Patrimonio Autónomo Codinem Consulting únicamente en lo que atañe a los derechos económicos derivados de la ejecución de la orden de trabajo n.º 13.

Además, en el otrosí n.º 3 de fecha 24 de diciembre de 2003, con el cual Colpatria fue incluida como beneficiaria de la fiducia, se convino en que *«(e)n caso de que los recursos disponibles en el Patrimonio Autónomo correspondientes al Task Orden N°. 13, no sean suficientes para cubrir las obligaciones financieras contraídas con COLPATRIA, EL FIDEICOMITENTE será el único responsable de colocar los recursos que se requieran para cubrir las obligaciones. Queda entendido que EL FIDUCIARIO efectuará los pagos a COLPATRIA hasta donde los dineros que conforman la subcuenta del PATRIMONIO AUTÓNOMO conformada por la Task Orden N°. 13 lo permitan.»* (Folios 35 a 37, cuaderno 1).

Todo esto traduce que las partes no estipularon como obligación del patrimonio autónomo pagar en su totalidad el crédito concedido por el Banco Colpatria a Codinem, sino que, por el contrario, acordaron que cubrirían el préstamo con los recursos provenientes de la orden de trabajo n° 13 y hasta el límite que se alcanzara, siendo del resorte del fideicomitente cubrir el resto de la deuda.

Por ende, el daño que pudo causarse al Banco Colpatria no fue acreditado, toda vez que estaría representado en la cantidad de los recursos que, con ocasión de la orden de trabajo n° 13 del COE, dejaron de ingresar a la fiducia porque fueron girados directamente a Codinem.

Este *quantum* no fue demostrado en el trámite porque, como ya se anotó, la accionante limitó su gestión a demostrar que concedió el crédito pedido por Codinem y que este tenía

un saldo pendiente; pero -se itera- este no constituye el perjuicio derivado de la desviación de los recursos del patrimonio autónomo, porque en dicho convenio no existió el compromiso de cubrir íntegramente el crédito de Colpatria, sino de pagarlo hasta donde alcanzaran los recursos provenientes de la orden de trabajo n.º 13.

Dicho de manera distinta, el perjuicio -de existir- estaría representado en los dineros que por concepto de la orden de trabajo n.º 13 dejaron de ingresar al fideicomiso porque fueron desviados; suma que no fue probada en el plenario.

6.- De todo lo analizado emerge la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente según lo previsto en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, y al señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 392 *ibídem*, modificado por el 19 de la Ley 1395 de 2010, para lo cual se tendrá en cuenta que la convocada replicó la demanda de casación.

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 el 8 de noviembre de 2012, por la Sala Civil del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. promovió frente a la Fiduciaria Tequendama S.A., hoy Servitrust GNB Sudameris S.A., quien a su vez llamó en garantía a Codinem Consulting Company.

Se condena en costas a la recurrente en casación y a favor de la demandada. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de \$6.000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

Notifíquese,

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de la Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA