



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

legis

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Magistrado ponente

SC5424-2019

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

(Aprobada en sesión de once de septiembre de dos mil diecinueve)

Bogotá D. C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

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.

Con fallo del 7 de diciembre de 2017 la Corte se había pronunciado de fondo sobre este recurso de casación; pero mediante sentencia SU-268 del 12 de junio de 2019, la Corte Constitucional decidió dejarla sin efecto ordenando a esta Sala, en su lugar, emitir *“una nueva decisión otorgándole plena validez probatoria a los documentos aportados en copia simple y decida de fondo el recurso extraordinario de casación dentro del proceso 110013103 01219980483404, teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas”* por ese Alto Tribunal.

En razón a que el despacho del ponente de la sentencia revocada se encuentra acéfalo, funge en su lugar el Presidente de la Sala. A ello se procede.

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 m², 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 y 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 con dos instalamentos y un abono final 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 \$153.900.000,00, 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 9° 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 de 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 (\$500.000.000,00) 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 carecía 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 perdedor, 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 de la alzada, 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 legitimidad para pedir la declaración de nulidad en *todo el que tenga interés en ello*, afirma que el demandante Alfonso Contreras Lázaro la tiene 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 ellas, 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 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 fideicomitado 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 de la fiducia y que cuando el fiduciante es al mismo tiempo beneficiario, 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 del 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 fideicomitado 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 traslativo 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.

IV. CONSIDERACIONES

A. Sobre la resolución de mérito del cargo

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.

1. 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 8° 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 fideicomitado.

2. Esa intromisión de quien no es parte en la fiducia está permitida¹. En el caso del acreedor del fiduciante,

¹ Sobre el particular léase lo que la Corte dijo recientemente, ratificando su postura, en SC16669-2016, rad. n° 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 alios 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 1238² de ese estatuto mercantil, puede *perseguir* el bien fideicomitado e *impugnar* el negocio fiduciario, del que no es parte y por ende es un tercero.

3. 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 fideicomitado 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

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.

crédito (que se celebre el contrato de compraventa), pues está ligado inescindiblemente al bien fideicomitado, desde luego 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 fideicomitados 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.

4. 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 la 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.

5. 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 1° 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 fideicomitado, 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.

En otras palabras, 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 embargo⁴, en el

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)

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*

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, legitimante de la pretensión que invoca, en la que no haya lugar a que, luego de obtener lo buscado –la extinción de la fiducia y el regreso de la cosa que el fideicomitente entregó en 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

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 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.

fiduciario, a haberlo hundido, a la sazón sin ninguna utilidad y más bien en perjuicio de terceros.

En consecuencia, se aplica la Corte a establecer esas dos condiciones, esto es, la de que Alfonso Contreras Lázaro es no solo titular de una acreencia directamente vinculada al bien entregado en fiducia, en razón de un vínculo jurídico anterior a la constitución de esta, sino también que es un acreedor que tiene legítimo derecho a buscar la satisfacción coactiva de su crédito con la extinción de la fiducia.

B. La sentencia SU-268 del 12 de junio de 2019 de la Corte Constitucional

1. Por razón de método y acatamiento al juez constitucional, resulta de la mayor importancia determinar cuáles fueron las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional, porque ellas, conforme a la orden impartida, habrán de ser aplicadas en el nuevo fallo que la Corte Suprema debe proferir en este asunto, sin perjuicio de necesarias aclaraciones que esta Sala estima conducente hacer, pues al margen del cumplimiento de la sentencia del juez constitucional no ha de olvidarse que la Corte Suprema de Justicia, y por ende su Sala de Casación Civil en su especialidad jurisdiccional, es el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria⁵, debiendo por tanto hacer las precisiones en errores conceptuales que, en efecto, advierte

⁵ Artículo 234 de la Constitución Política.

en la sentencia de la Corte Constitucional, no con el ánimo de una mal entendida discusión entre altos tribunales, sino con miras en su misión nomofiláctica y de unificación jurisprudencial, objetivos que irradian su quehacer casacional, y, se itera, con acatamiento a la decisión del tribunal constitucional.

Dice la Corte Constitucional en lo sustancial, es decir, al margen de precisiones referidas a la procedencia excepcional de la tutela⁶, y más en sentencias de tribunales de cierre, a la configuración de lo que ha denominado “defecto fáctico”⁷ y “exceso ritual manifiesto”⁸; o sea, en relación con el valor probatorio de las copias simples de

⁶ La Corte reiteró su ya decantada jurisprudencia en torno a los presupuestos que deben observarse para la procedencia excepcional de la tutela, conforme quedó establecido en su sentencia C-590 de 2005. Dentro de ellos, y para los efectos que siguen, la Sala destaca el requisito general (iv) que, en palabras literales de esa providencia, consiste en “que si se trata de una irregularidad procesal tenga un efecto determinante en la providencia censurada”.

Asimismo, reprodujo los denominados por esa Corporación “requisitos especiales de procedibilidad” a los cuales añadió un criterio adicional referido a que cuando la acción de tutela se dirige contra decisiones del Consejo de Estado o de la Corte Suprema de Justicia, la anomalía debe ser de tal magnitud “que haga imperiosa la intervención de este Tribunal. En caso contrario, debe preservarse la autonomía e independencia de las corporaciones de cierre de la justicia ordinaria y contencioso administrativa” (en cita de pie de página se alude a la sentencia SU-038 de 2018, entre otras más. La palabra está subraya por esta Sala).

⁷ Que se estructura “en su dimensión negativa cuando el juez no decreta, práctica o valora pruebas que en el caso sub examine resultaban determinantes para formar un juicio sobre la realidad de la controversia. En suma, los jueces incurrir en un defecto fáctico cuando existen fundadas razones para considerar que en un asunto específico se omitió decretar pruebas que resultaban determinantes para el caso, derivando en una decisión que se aparta de la verdad real al no ofrecer una intervención que garantiza la justicia material y, por tanto, el orden constitucional vigente”.

⁸ “Existen eventos en que concurren las causales de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico en su dimensión negativa y procedimental por exceso rigor manifiesto, cuando el juez: (i) no le otorga mérito probatorio a un documento aportado en copia simple que fue conocido y no controvertido por la contraparte; (ii) cuando no solicita de oficio las copias originales o auténticas de los documentos allegadas en copia simple; o (iii) cuando no decreta y practica pruebas que fueron pedidas o insinuadas al interior del trámite o que se necesitan para llegar a la verdad real de los hechos”

documentos aportados como prueba, de cara a los artículos 252 del Código de Procedimiento Civil este estatuto, con la modificación que le imprimió el artículo 11 de la ley 1395 de 2010⁹:

“cuando son aportados al expediente documentos privados en copia simple que no reúnen los requisitos 254 y 268 (sic) del Código de Procedimiento Civil y que no fueron tachados de falsos por la contraparte, deben ser tenidos como prueba, pudiendo el juez cotejar su autenticidad a través de distintos medios probatorios directos e indirectos, a fin de esclarecer los hechos que pudieren ser determinantes para emitir la decisión judicial”.

Y, retomando el asunto con otra notable cantidad de jurisprudencia sobre el particular, vuelve a concluir:

“la omisión de decretar, incorporar y valorar una prueba aportada en copia simple sin que haya sido tachada de falsedad o insinuada en el proceso y requerida para establecer la verdad material de los hechos sin decretarla, configura un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto concomitante con un defecto fáctico en su dimensión negativa”.

2. Con base en los anteriores asertos, y ubicada en el caso concreto, la Corte Constitucional afirma que la Sala de Casación Civil tenía dos caminos: en primer lugar, otorgarle *pleno valor probatorio* a los documentos aportados por el

⁹ En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. **Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva** (subraya esta Corte)

actor, referidos a la copia simple de la promesa de contrato suscrito el 31 de mayo de 1994 y las copias simples de los oficios del 16 de diciembre de 1994 y del 18 de enero de 1995, con los cuales, “*los abogados del promitente vendedor*” informaron a los promitentes compradores sobre que la compraventa prometida no se llevaría a cabo. Y en segundo lugar, *decretar pruebas de oficio* a efectos de verificar la autenticidad de los documentos mencionados.

Pues bien, luego de algunas otras disquisiciones y reproducir las copias de las comunicaciones de, para la Corte Constitucional, los apoderados de Gonzalo Mejía, señala esta alta corporación que tales documentos fueron aceptados como pruebas y la contraparte o los terceros no los tacharon de falsos. Insiste en el punto: “*Para que un documento privado aportado en copia simple a un proceso tenga validez probatoria, debe verificarse su autenticidad en los términos del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que la parte contraria expresamente los reconociera o no los tachara de falsos*”, y como en este caso los documentos se decretaron como pruebas y la contraparte no los controvertió ni los tachó de falsos, correspondía a la Corte darles pleno valor, pues “*son válidos como medio probatorio desde la modificación a las normas procedimentales que introdujo el artículo 11 de la ley 1395 de 2010 y dando aplicación al principio constitucional de la buena fe*”.

En suma, dice la Corte Constitucional que la sentencia impugnada

realizó una interpretación restrictiva de los artículos 46, 252 y 268 del Código de Procedimiento Civil, desconoció la realidad material

*y los demás recursos procesales que tenía a su alcance para esclarecer los hechos, **al no casar** el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por omitir reconocer el valor probatorio de los documentos aportados al expediente en copia simple y que no fueron tachados de falsos*

*En consecuencia, las copias del contrato de promesa de compraventa y de los oficios por los cuales se les informó a los promitentes compradores que no se llevaría a cabo la firma de la escritura pública de compraventa del predio «San Rafael», **constituían plena prueba del interés del señor Alfonso Contreras Lázaro para perseguir el bien objeto de la fiducia** y la negativa a valorarlos por parte de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia implicó un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto*

C. Interpretación de la sentencia de la Corte Constitucional

Antes de avanzar, luce pertinente verificar qué fue lo que quiso decir la Corte Constitucional con los términos acuñados en la parte resolutive de la sentencia, según los cuales la Sala de Casación Civil debe *“otorgarle plena validez probatoria a los documentos aportados en copia simple y decida de fondo el recurso extraordinario de casación...teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas”* en su proveído. Dentro de las cuales, de un lado, hay una que apunta a que las copias del contrato de compraventa y los oficios en que se les informó a los promitentes compradores que no se otorgaría la escritura *“constituían **plena prueba del interés** del señor Alfonso Contreras Lázaro”*. Esto llevaría a entender, más allá de las demás pruebas que este Tribunal Constitucional no examinó, que habiendo quedado demostrados los errores jurídicos y probatorios del Tribunal, habría sin más que casar su sentencia, pues, justamente, en

palabras de ese Tribunal, la ausencia de valor probatorio llevó a la Corte Suprema a no casar el fallo objeto de impugnación.

Y otra, menos efervescente y que dimana del análisis sistemático de la providencia, de la queja motivo del juicio de amparo y del tenor literal de su parte resolutive, que propugna por entender que la *plena validez probatoria* a que se refiere la Corte Constitucional alude a que no por el hecho de que sean copias simples, puede desconocérsele el valor que intrínsecamente tengan tales piezas, pues han de presumirse auténticas. A fin de cuentas, todo giró en torno a que esas copias simples fuesen estimadas.

Considera la Corte Suprema que esta última es la hermenéutica correcta, más allá de las nociones que en forma equivocada se utilizan en el texto del fallo, entendible porque ha constituido una equivocación común que viene de tiempo atrás y ha sido objeto de constantes aclaraciones por parte de la doctrina. Parece que el equívoco, entre nosotros, proviene de lo que disponía el artículo 632 del Código Judicial, pero en punto de los documentos públicos: “*Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos:...*”. Tal giro pareciera dar a entender que como el documento es auténtico hacía plena prueba de su contenido; o sea: lo que allí se dice es verdad. Y lo mismo debe entonces seguirse en materia de documentos privados, si son auténticos.

Pero se ha entendido que una cosa es el documento y otra la declaración que él contiene. De hecho, si el documento es representativo (como una fotografía) se funde una cosa con la otra; pero si es declarativo es perfectamente posible diferenciar la declaración de ciencia (meramente declarativo) o de voluntad (dispositivo) que contenga el documento en sí mismo considerado; es posible distinguir el contenido del continente. En ese sentido, y para ir trayendo esta temática abstracta al caso que concita la atención de la Corte, la copia simple de la promesa y las copias simples de los faxes contentivos de documentos emanados de terceros, que por virtud de la sentencia de la Corte Constitucional han de ser considerados como auténticos, no significan, por esa sola orden que se acata, que su contenido sea, en efecto, veraz¹⁰.

Así, Hernán Fabio López Blanco señala:

“En verdad, la autenticidad no tiene nada que ver con el efecto demostrativo del documento porque no puede éste ir más allá de lo que se incorporó en él o de lo que representa, de ahí la necesidad de erradicar el frecuente malentendido, de estimar que por ser auténtico un documento tiene más poder de convicción”¹¹.

En el mismo sentido, José Fernando Ramírez Gómez:

“Para delimitar el concepto de autenticidad se debe recalcar el carácter diferencial que existe entre esta y la veracidad, porque

¹⁰ En el mismo sentido, según prolija cita biográfica de Devis Echandía: "Carnelutti precisó reiteradamente la diferencia entre el documento y la declaración o el acto jurídico documentado. También Couture, Denti, Ricci, Amaral Santos, Planiol y Ripert, Rufino Larraud, Luis María Boffi" (teoría general de la prueba judicial. T. II, ed. Víctor P. de Zabalía, Buenos Aires, 1974

¹¹ Procedimiento civil, T 3, Pruebas, Dupré, Bogotá, 2008, pág. 338

como explica Jairo Parra mientras que la veracidad significa conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente, la autenticidad conduce al origen o autoría del documento. “Una persona -dice el tratadista- puede ser autora de un documento y reconocer su autoría, pero puede contener un acto que no es veraz, que no corresponde a la realidad, ya que por el contrario, se ha documentado un acto no real. La autenticidad tiene que ver con la identificación del autor del documento; en cambio, la veracidad tiene que ver con la realidad del acto documentado en el amplio sentido del vocablo”¹².

D. La intrascendencia del cargo

¹² La prueba documental, Teoría general, Señal editora, Medellín, 7ª Ed., 2000, pág. 126.

Por el derecho foráneo, Xavier Abel Lluch: “La autenticidad del documento constituye un *prius* o presupuesto de su eficacia probatoria. La distinción entre autenticidad y eficacia probatoria del documento aparece con claridad en la STS de 25 de noviembre de 2002:

“Una cosa es la autenticidad de un documento y otra la eficacia probatoria. La primera se refiere a la legitimidad del continente, es decir, a la proveniencia de su autor, por lo que concurre cuando hay concordancia del autor aparente con el autor real. La declaración de inautenticidad priva al documento de aptitud para probar. Sólo el documento auténtico es idóneo para poder probar ‘por sí solo’, mientras que el documento que, impugnado o no reconocido, no conste su autenticidad o inautenticidad puede valorarse ‘conjuntamente con otras pruebas’, según viene manteniendo la jurisprudencia”

Y con respecto a la eficacia probatoria, la misma sentencia añade:

“cosa diferente es la eficacia probatoria, que se refiere al valor que cabe atribuir al contenido de un documento (que no haya sido declarado carente de autenticidad). En un sistema de libre apreciación probatoria el juzgador puede formar su convicción con base en pruebas distintas de los documentos, o en la valoración conjunta con estos. Sólo queda vinculado en aquellos extremos en que el contenido documental constituye prueba legal o pasada, la cual se circunscribe... Al hecho y fecha del documento y a haberse efectuado las declaraciones que constan en el mismo, pero no la realidad o veracidad intrínseca del contenido de estas declaraciones, cuya presunción de verosimilitud entre las partes se puede entender desvirtuada por otros medios de prueba...”

La misma doctrina se reproduce en STS del 14 de diciembre de 2005, en los términos literales siguientes:

“Ello es así porque la autenticidad del documento privado en cuanto procedencia del autor, -coincidencia del autor aparente con el autor real-, es ‘*conditio sine qua non*’ para la idoneidad valorativa -ulterior valoración del contenido-, de tal modo que, probada la inautenticidad, el documento privado no puede operar como medio de prueba, y no probada, querosín que tampoco conste la autenticidad, sólo puede ser valorado si lo es conjuntamente con los restantes elementos probatorios” (Lluch, Xavier Abel y Pic, Joan (directores), La prueba documental, Bosh, Barcelona, 2010, pág. 130.

Como quedó dicho, en el expediente debe estar acreditado de manera indubitable y cierta que Alfonso Contreras Lázaro es acreedor cumplido y por ello legitimado para buscar que regrese al patrimonio de Gonzalo de Jesús Mejía el bien que éste transfirió en fiducia, mismo sobre el cual versa la venta prometida por aquel a Alfonso Contreras y otros, en condición promitentes compradores. Todo esto, sobre la base de considerar que la promesa aludida y dos copias de faxes son auténticas, es decir, que estos fueron suscritos por los señores Gustavo Vargas y Hugo Briceño Jáuregui.

Debe asimismo recordarse que, conforme a su jurisprudencia, actuando como órgano máximo de la jurisdicción ordinaria, habiendo definido de fondo el presente recurso de casación según lo visto -que en esto conserva la misma tesitura de la sentencia revocada- y situándose como tribunal de instancia, halló la Corte serios tropiezos para casar la sentencia, al encontrar intrascendente o inútil ese quiebre, si como juez de segunda instancia, al tener que proferir la sentencia de reemplazo llegaba a la misma conclusión plasmada en la casada, esto es, la de denegar las pretensiones. Y esgrimió, de varias razones que lo conducían a ello, una que juzgó suficiente, en vista de los sólidos cimientos de su jurisprudencia, pero que la Corte Constitucional desestimó, según lo ya narrado.

Pues bien, analizadas esas pruebas en su conjunto e individualmente consideradas, debe la Corte arribar a la misma conclusión.

1. En la copia auténtica de la escritura 6714 del 1° de diciembre de 1994, otorgada en la notaría 42 de Bogotá, Horacio Ospina Reyes, Ana Patricia Suárez Betancourt, Carmenza Moreno Gutiérrez, Alfonso Contreras Lázaro, Juan Vicente Azuero Guerrero, Luis Fernando Ospina Reyes, Álvaro Vargas López y la sociedad Estructuras de Hormigón Ltda., por conducto de su representante legal, dejan constancia de su comparecencia para el otorgamiento de la escritura de compraventa prometida. También comparece Ana Isabel Valencia Yepes “*quien obra como agente oficioso de la señora Cecilia Yepes López*”, otra de las promitentes compradoras, la cual, por supuesto, no asistió.

Consta que entregaron, para incorporar al protocolo, y según las declaraciones del notario, una “*copia de la promesa de compraventa suscrita entre las partes*” (f. 23, c.1).

2. Esta copia dice, en lo medular, que los aludidos promitentes compradores y el promitente vendedor, acá demandado, prometieron celebrar una compraventa que recaía sobre un lote descrito en la promesa, prometido en venta como cuerpo cierto e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50N-473662.

Se estipuló que los promitentes compradores adquirirían el inmueble y las obligaciones derivadas de esa negociación en estas proporciones: la sociedad Estructuras de Hormigón Ltda. en un 53.58%; Horacio Ospina y Juan Azuero en un 7.14% para cada uno; Ana Patricia Suárez Betancourt, Cecilia Yepes López, Luis Fernando Ospina Reyes, Álvaro Vargas y Carmenza Moreno Gutiérrez en un 3.57% para cada uno; y Alfonso Contreras en un 14.29 %.

El precio de la venta fue la suma de \$1400 millones pagaderos así: \$250 millones a la firma del contrato de promesa, mismos que sirvieron de “*arras confirmatorias penales*” y que el promitente vendedor manifestó haber recibido a su entera satisfacción; \$250 millones el día 25 de junio de 1994 “*siempre y cuando el promitente vendedor haya cumplido con la obligación pactada en la cláusula tercera*”, esto es, la atinente a la cancelación del registro de la hipoteca que gravaba el inmueble objeto de la compraventa prometida; y \$900 millones “*mediante contrato de leasing inmobiliario con una compañía financiera de leasing la cual, girará directamente al vendedor la mencionada suma de dinero una vez los prometientes compradores, presenten en la compañía financiera de leasing respectiva, la primera copia de la escritura a nombre de la compañía de leasing junto con el certificado de libertad donde debe aparecer anotado dicho título*”.

Se pactó que “*en caso de incumplimiento del promitente vendedor o de los prometientes compradores de una cualquiera de sus respectivas obligaciones, la parte cumplida o la que se hubiese allanado a cumplir las obligaciones a su cargo podrá exigir por la vía judicial el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena ya que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal, pues el*

pago de la pena es de carácter compensatorio, es decir que el contratante cumplido podrá exigir que se cumpla la obligación y que se le dejasen las arras en caso de haberlas recibido o que se las restituyan dobladas en caso de haberlas desembolsado”.

La escritura se debía otorgar en la notaría, fecha y hora acordada *“siempre y cuando que el prometiente vendedor presente en la notaría respectiva los documentos pertinentes para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa que perfeccione este contrato y haya cumplido con todas las observaciones del estudio de títulos que haya indicado el abogado de los prometientes compradores, pues de lo contrario los prometientes compradores no firmarán la mencionada escritura y se aplicará lo dispuesto en la cláusula séptima de este contrato”*, atinente a la cláusula penal ya transcrita.

Este documento permite establecer que la comparecencia de Cecilia Yepes López se llevó a cabo a través de Ana Isabel Valencia como agente oficiosa. Si ello se traduce en la adquisición de derechos o en la asunción de obligaciones por la primera, en todo caso tal incursión en el patrimonio de Cecilia exigía, ni más ni menos, que esta lo ratificara, desde luego que no mediando vínculo jurídico previo de carácter legal o contractual que habilitara a la segunda para actuar en nombre de la primera, las consecuencias de tal actuación se supeditan a la aquiescencia tácita o expresa de la agenciada (artículo 1506 y 1507 del Código Civil).

Pero no consta esa ratificación. Por el contrario, lo que se puede corroborar, con las copias del proceso ejecutivo por

obligación de hacer que se le siguió a Gonzalo Mejía (prueba pedida por la parte actora), es que Cecilia Yepes López no confirió poder y por ende no fue parte demandante en ese proceso ejecutivo que contra Mejía iniciaron los demás promitentes compradores para lograr el cumplimiento de la promesa. No hubo por este aspecto -ni de otra prueba afloración comprobada de la agencia oficiosa que le prestó Ana Isabel Valencia.

Esto significa, en otras palabras, que como no hay constancia de que se hubiese ratificado la, si se quiere, administración del gestor, ha de concluirse que, además de Gonzalo Mejía como promitente vendedor, no compareció a suscribir la escritura de venta una persona de los que conforman el grupo de los promitentes compradores: Cecilia Yepes López.

De la promesa de compraventa, de carácter bilateral, emana una obligación de hacer que es naturalmente indivisible y es la de perfeccionar el contrato prometido, la cual corre a cargo de las dos partes, promitente compradora y promitente vendedora, que simultáneamente han de satisfacerla, una para con la otra, en la fecha, hora y notaría convenidas.

Es una obligación indivisible pues tiene por objeto una prestación que no se puede dividir: hacer el contrato de venta, caso este que guarda alguna similitud con uno de los ejemplos de obligación indivisible que el Código Civil trae en

su artículo 1581: la de conceder una servidumbre de tránsito, que es un caso de indivisibilidad absoluta, pues la naturaleza misma del hecho de la servidumbre impide que pueda dividirse la prestación.

Y en el caso de la compraventa pasa lo mismo: no puede naturalmente concebirse que el contrato de compraventa se pacte por partes: vendedor y comprador deben estar de acuerdo en los elementos esenciales, precio y objeto y dar cumplimiento a la forma solemne, sin que pueda concebirse que sea jurídicamente divisible en partes reales, intelectuales o de cuota.

Al respecto dice el chileno Luis Claro Solar:

“es la cosa misma o el hecho mismo que constituye el objeto de la prestación, lo que debe considerarse para resolver si la obligación es divisible o indivisible... Se trata de saber, en efecto, si habiendo muchos acreedores o muchos deudores, la obligación pueda ser ejecutada divisiblemente, si cada uno de los acreedores sólo podrá demandar su parte, si cada uno de los deudores sólo podrá ser perseguido por su parte. Ahora bien, es claro que la solución de esta cuestión se halla subordinada únicamente a la naturaleza de la prestación que constituye el objeto de la obligación, según que el objeto mismo de esta prestación, cosa, hecho o abstención, sea o no sea susceptible de ejecución parcial o dividida”¹³

¹³ Claro Solar, Luis, explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Vol. V., de las obligaciones, T. 10º, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1979, página 481. Enseña este autor que "Según las explicaciones de Pothier, Dumuolin ("considerado como el príncipe de los juriconsultos franceses del siglo XVI") distinguía muy bien tres clases de indivisibilidad:... La que él llama *individuum contractu* que es la indivisibilidad absoluta... Tiene lugar cuando la cosa objeto de la obligación o el hecho a que esta se refiera no es susceptible de partes por su naturaleza; de modo que no podrá ser estipulado o

Lo que sí puede ser objeto de división, y de hecho la promesa se refiere a ello, son las prestaciones provenientes del contrato de compraventa, aun cuando allí se refiera al inmueble y a las obligaciones de esa negociación. En esa medida, la naturaleza de ambas prestaciones y la convención de las partes pueden hacer posible que ellas dividan el precio y que se asigne a cargo de cada uno de los futuros compradores una porción o cuota del mismo que se compagine asimismo con una porción o cuota del objeto que habrán de comprar. Pero el contrato prometido, se itera, es uno sólo y él intelectual ni naturalmente puede ser dividido a los efectos de su perfeccionamiento.

Si todo ello es así, resulta evidente colegir que no habiendo comparecido uno de los sujetos que conforman la parte promitente compradora, no tiene legitimación otro de ellos, aun cuando haya asistido, para ser considerado acreedor cumplidor de sus obligaciones recíprocas pactadas para con el deudor. Es que, yendo más lejos, y suponiendo que se ha extinguido la fiducia, que ha regresado el bien al patrimonio de Gonzalo Mejía, y que está entonces él presto a

prometido por partes, tales son los derechos de servidumbres reales, como por ejemplo, un derecho de tránsito. Es imposible concebir partes en un derecho de tránsito; y por consiguiente, no se podría estipular, ni prometer estas clases de cosas por partes. Este indivisibilidad es por lo mismo, independiente de la voluntad de las partes.

La segunda clase de indivisibilidad es la *individuum obligatione*, que tiene lugar cuando la obligación se refiere a ciertas cosas que, aunque habrían podido absolutamente ser estipuladas o prometidas por partes, y que, por lo mismo, no sean *individuum contractu*, no obstante, en la manera como han sido consideradas por las partes contratantes, son cosas indivisibles, que no puede ser debidas por partes. Se puede dar como ejemplo de esta indivisibilidad de obligación, la de construir una casa o una nave..." (lo que están paréntesis es cita textual que figura en la página 471 de la obra mencionada)

cumplir su obligación de solemnizar la venta prometida, tendría que cumplirla sólo con el actor de esta causa vendiéndole el 14.29 % del bien, con lo cual claramente se está ante el fraccionamiento de un contrato, y por ende, ante la segmentación de la prestación de hacer a cargo de Gonzalo Mejía. No puede decirse que hubo tantas ventas como promitentes compradores hubiera. Fue un cuerpo cierto y precio el pactado. Fue una venta la prometida.

De lo dicho se infiere entonces que Alfonso Contreras Lázaro no se encuentra legitimado para incoar la declaratoria de extinción de la fiducia con miras a que el bien fideicomitado regrese al patrimonio de Gonzalo Mejía, motivo por el cual, esta razón impide que la Corte case la sentencia si tendría que arribar a la denegación de las pretensiones, según lo anotado.

3. Las copias de los faxes rubricados bajo los nombres de Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui.

a. El primero, que obra en folio 10 del mismo cuaderno. Reza así:

Santa Fe de Bogotá, enero 18 de 1995

Señores

Prometientes compradores del lote de San Rafael

“Suba”

Att. Doctores Horacio y Luis Fernando Ospina

La Ciudad

Como es de su conocimiento en el juzgado 30 civil del circuito de esta ciudad se llevó a cabo el remate de un inmueble de propiedad del señor Camilo Zapata Vásquez, un hipotecario promovido por el banco de crédito y comercio.

El valor del remate se encuentra actualmente depositado en su totalidad a disposición del juzgado, y estimamos que en un término que no excede del mes de enero, estará entregando a los herederos del señor Zapata Vásquez, para de allí proceder al pago de la suma de \$500.000.000 que se les adeuda por concepto del primer contado en la promesa de venta que ustedes celebraron con el señor Gonzalo Mejía, con relación al inmueble denominado San Rafael, situado en el municipio de Suba.

Estamos de acuerdo en reconocer a ustedes unos intereses que no excedan de uno y medio por ciento mensual, por las sumas entregadas al señor Gonzalo Mejía y desde el día en que ustedes lo hicieron, esto es, \$250.000.000,00 el 15 de junio/94 y \$250.000.000 el 15 de julio del mismo año.

En consecuencia, el tiempo para darles cumplimiento será el mismo que el juzgado requiera, una vez se llenen los requisitos procedimentales para la entrega del título.

*Sin otro particular, nos suscribimos de ustedes,
Atentamente,
Gonzalo Vargas Gallo Hugo Briceño Jáuregui”*

b. El segundo, visible en folio 11 y 12 del cuaderno 1, pero de fecha anterior:

Santafé de Bogotá, diciembre 16 de 1994

*Señores
Prometientes compradores del lote de San Rafael “Suba”
Atn: Doctores Horacio y Luis Fernando Ospina
La Ciudad.*

Estimados señores:

Atentamente nos dirigimos a ustedes para manifestarles que desafortunadamente el señor Gonzalo Mejía no puede darles cumplimiento a la promesa de venta firmada el día 30 de mayo de 1994.

La intención del Sr. Mejía era firmar la escritura el 1° de diciembre de 1994, de acuerdo con las prórrogas que al efecto se habían convenido.

La circunstancia de haber sido registrada una demanda por orden del juzgado 21 civil del circuito de esta ciudad, en virtud del proceso que se adelanta en dicho juzgado y en el cual Justo Pastor Oliveros demandó a Gonzalo Mejía pidiendo la nulidad de la escritura de venta, impide llevar a cabo la negociación, máxime que dicho señor moral y legalmente está impedido para firmar la escritura.

Conocido el hecho antes descrito fueron informados los herederos de la sucesión, y como es apenas lógico, se dispuso devolverles los \$500.000.000,00 que habían entregado, tan pronto ello sea posible. Como en la actualidad los herederos de la sucesión no disponen de liquidez, no se les puede devolver inmediatamente.

Afortunadamente en el juzgado 30 C.C. cursaba un proceso ejecutivo donde estaban embargados unos lotes del señor Zapata, y en este proceso se efectuó el remate de los bienes el día de ayer. Como parte de ese dinero corresponde a los herederos, de allí se les devolverá a ustedes dicha suma la cual calculamos aproximadamente para fines del mes de enero de 1995.

Somos conscientes de reconocer un pequeño interés, y así se hará saber a los herederos con el fin de que al efectuarse el pago del capital, se incluya el valor de un interés mensual, a partir del 1° de diciembre/94 a razón del 1.5%.

Es nuestro interés que el señor Gonzalo Mejía en esta forma no quede mal con ustedes, pues la no realización de la firma de la escritura se debió a un hecho ajeno a su voluntad, fácilmente comprobable con los certificados de tradición del inmueble prometido en venta”

4. De conformidad con el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, es documento todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo. En el representativo, que no es el caso, el documento no contiene declaraciones o narraciones, ni expresión de voluntad, sino

imágenes, pinturas, dibujos, fotografías. Por el contrario, en el declarativo, el documento contiene una narración en donde puede observarse ya una declaración de ciencia como en una certificación -que son los declarativos puros-, o bien una declaración de voluntad, con lo cual el documento recoge actos de voluntad productores de efectos jurídicos sustanciales (como el reconocimiento de una deuda, la forma de pagarla, el reconocimiento de intereses no pactados, etcétera). Son estos los denominados documentos dispositivos o constitutivos, subespecie de los declarativos.

Dijo esta Sala en 2015:

La jurisprudencia de esta Corporación se ha referido en múltiples ocasiones a la necesidad de distinguir la naturaleza del contenido de los documentos privados en orden a otorgarle valor probatorio, pues en relación con los que proceden de terceros, el legislador ha supeditado su mérito demostrativo al cumplimiento de requisitos que difieren según aquellos sean dispositivos o constitutivos, representativos o simplemente declarativos.

A ese respecto, ha sostenido que «cuando se pretenda hacer valer “documentos privados de terceros de naturaleza dispositiva o simplemente representativa”, su “estimación” sólo es viable si se tiene certidumbre sobre su procedencia, ante su reconocimiento, en los términos de los artículos 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil», carga de la cual se exonera a «aquellos de “contenido declarativo”» (CSJ SC, 7 Mar 2012, Rad. 2007-00461-01), a los cuales «podrá el Juez concederles valor, siempre que la parte contra quien se oponen no solicite, oportunamente, su ratificación (nral. 2 art. 10 ley 446/98, derogatorio del nral. 2 del art. 277 ib.)» (CSJ SC, 4 Sep. 2000, Rad. 5565).

En relación con las pruebas documentales de naturaleza declarativa precisó:

(...) en lo tocante con su eficacia probatoria, ninguna norma procesal ha exigido la autenticidad», toda vez que «por sus características especiales, han tenido una regulación también particular que, en la legislación permanente, ha consistido en asimilarlos a los testimonios para efecto de su ratificación (o, más bien, su recepción directa), salvo cuando, por acuerdo de las partes

se acepta el documento como tal (arts. 277, num 2° ., y 229 inciso 2° C. de P.C.)” (CCXLIII, págs. 297 y 298). Pero a partir de la vigencia del decreto especial de descongestión antes aludido, “Esa ‘ratificación’, que en realidad consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó..., con la salvedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa. En caso contrario, el documento será estimado por el Juez, sin ninguna otra formalidad” (se subraya; CCXXII, pág. 560)... (CSJ SC, 18 Mar. 2002, Rad. 6649).

1.2.4. En el caso de los documentos que contienen actos de voluntad por los cuales se disponen, contraen, generan o extinguen obligaciones (dispositivos) y de los que sin tener narraciones o declaraciones de cualquier índole, plasman imágenes o representaciones gráficas (representativos), la eficacia probatoria en el actual régimen legal depende de su carácter de auténticos, en virtud de lo cual sólo se estimarán por el juzgador si reúnen los requisitos de los artículos 252 y 268 del Código de Procedimiento Civil.

En cambio, respecto del documento declarativo, la ley condicionó su valor probatorio al requisito de la ratificación y no al de la autenticidad, lo que se explica por sus especiales características, pues en tanto contiene una declaración de ciencia o de conocimiento sobre determinados hechos, en su materialidad corresponde en estricto sentido a un testimonio, atributo que no pierde a pesar de estar consignada en un medio instrumental.

1.2.5. El ordenamiento adjetivo, entonces, estableció la “ratificación” como única formalidad para reconocerle valor como prueba, como así puede apreciarse en la siguiente reseña normativa:

En la redacción original del estatuto procesal (Decreto 1400 de 1970), mientras a los documentos dispositivos y representativos se les exigía el reconocimiento por su autor, la orden de tenerlos por reconocidos o que se hubiere probado por otros medios su autenticidad para ser considerados como probanzas, para los simplemente declarativos se consagraba el requisito de haberse ratificado su contenido «mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios» (artículo 277).

El Decreto 2282 de 1989 (artículo 1°, num. 124) modificó dichas previsiones para establecer que los documentos de naturaleza dispositiva o representativos serían apreciados por el juez si eran auténticos de conformidad con el artículo 252, y sujetó la eficacia

de los declarativos a que se ratificara su texto, lo que no sería necesario «en el caso previsto en el inciso segundo, numeral 2 del artículo 229», es decir cuando las partes lo hubieren solicitado de común acuerdo y el juez no lo considerara necesario.

Con la promulgación de normas cuyo propósito era descongestionar los despachos judiciales, tales como el Decreto 2651 de 1991 (art. 22 num. 2), la Ley 446 de 1998 (art. 10 num. 2) y la Ley 794 de 2003 (art. 27), se implementaron medidas, que dentro de la filosofía que inspiró esas reglamentaciones, estaban encaminadas a reducir o eliminar muchas de las formalidades a las que se sujetaban las pruebas permitiendo agilizar el trámite del proceso.

Una de ellas fue justamente relevar al juzgador de la práctica obligatoria de la diligencia de ratificación, que resultaba dispendiosa y creaba congestión en los despachos judiciales, estableciendo que solo se realizará cuando así lo solicite la parte contra la cual es aducido el documento declarativo. En caso contrario, dicha prueba será valorada sin exigir ninguna formalidad, pues -se reitera- la única requerida es la de citar a quien lo suscribió para que lo reconozca y sea escuchado en audiencia de testimonio.

1.2.6. La evolución histórica del artículo 277 del estatuto procesal -a través de su reforma en el curso de los años- revela que el legislador nunca tuvo la intención de equiparar los documentos declarativos con los dispositivos y los representativos; por el contrario, tal como se ha insistido por esta Sala, el régimen de los primeros siempre ha sido específico y distinto del que gobierna a las otras categorías.

Demostrativo de esa diferenciación que el mismo ordenamiento instituyó entre unos y otros es, precisamente, la dualidad de requisitos exigidos a efectos de habilitar su valoración por el juez, pues en tanto de los constitutivos reclamó la autenticidad del documento, de los declarativos, en un comienzo, pidió su ratificación por el tercero, pero después y por razones de celeridad del proceso, prevalencia del derecho sustancial y eficacia de las prerrogativas subjetivas involucradas en el litigio, estimó innecesaria esa diligencia, salvo que fuera solicitada por la parte contra la cual se presentó la prueba (SC11822-2015, de sep 3 2015, rad. n°. 11001-31-03-024-2009-00429-01).

5. De acuerdo con lo anterior, la copia de la promesa de compraventa de este caso es un documento declarativo y dispositivo, que como proviene tanto de la parte demandante Alfonso Contreras Lázaro como de uno de los conformantes de la demandada, Gonzalo de Jesús Mejía, puede válidamente demostrar que el primero es acreedor como promitente comprador de la obligación de hacer a cargo del segundo, consistente en otorgar en la fecha, hora y en la notaría pactadas, la escritura de compraventa prometida.

De otra parte, las copias de los faxes contentivos de documentos rubricados bajo los nombres de Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui son asimismo declarativos y dispositivos pues expresan el reconocimiento del incumplimiento de un tercero, que es el señor Gonzalo de Jesús Mejía, y la oferta de pago de lo que este recibió y que al parecer quisieron hacer por conducto de los signatarios, unos herederos no se sabe de quién –quizás de Mejía- a los promitentes compradores del predio San Rafael, todo ello a partir de la información de aquellos dos, que la Corte Constitucional entiende como apoderados del señor Gonzalo de Jesús Mejía pero que ni del contenido de esos documentos aflora válidamente tal calidad ni existe prueba alguna que así lo acredite.

Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui aluden a una deuda de Gonzalo Mejía, a que no va a cumplir lo prometido por razones ajenas a su voluntad, a que los

herederos -al parecer de Mejía- devolverán lo que aquel recibió con recursos derivados del producto de un remate, a que Gonzalo Vargas y Hugo Briceño son conscientes de reconocer un interés y eso lo harán saber a los herederos, no sin antes comunicar que están interesados en que Gonzalo Mejía no quede mal con los promitentes compradores (¿estará entonces vivo?). En fin, toda una suerte de elementos dispositivos y declarativos que los señores Vargas y Briceño hacen en nombre de, al parecer, Gonzalo Mejía sin que se acredite en parte alguna la facultad que les asiste para ello.

6. Si las copias de los faxes que se examinan no provienen de las partes, porque no existe prueba alguna de que los señores Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui actuaran en representación de Gonzalo Mejía y ni siquiera de los herederos de este, si es que falleció, debe atenderse a lo dispuesto en el precepto que precisamente sirvió de base a la Corte Constitucional para inferir la autenticidad, esto es, el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que señala:

El inciso 4° del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

*En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. **Esta presunción no***

aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva (subraya y resalta la Sala).

Lo anterior significa que la orden de la Corte Constitucional pasó por alto la parte final del artículo pues manda a tener como auténticas las copias de los faxes de los señores Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui no obstante contener declaraciones dispositivas, no provenir de ninguna de las partes del proceso, ni estar en él acreditada representación legal o convencional de estos que les permitieran actuar en nombre de Gonzalo Mejía.

En consecuencia, en los procesos regidos al amparo de la ley 1395 de 2010, se siguen presumiendo auténticos los documentos privados de autoría de las partes, originales o copias. E idéntica presunción se otorga a los documentos, originales o copias, emanados de terceros, de naturaleza representativa o meramente declarativa (salvo que se pida la ratificación), mas no para documentos de naturaleza dispositiva como los examinados en esta causa litigiosa, suscritos por los señores Vargas y Briceño. Estos documentos sólo podrían ser tratados como auténticos si cumplen con los requisitos del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil¹⁴

¹⁴ ARTÍCULO 252. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.
2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

7. Pero teniéndolos por auténticos, es decir, que la fotocopia de los documentos enviados por fax fueron suscritos por los señores Vargas y Briceño, lo cierto es que analizados en conjunto con otras pruebas, conducen a la misma conclusión antes adoptada, esto es, que no existe demostración ni certeza alguna de que Alfonso Contreras Lázaro fuese un acreedor cierto e indiscutido que estuviese habilitado para impugnar un contrato como el de fiducia, en el que es un tercero absoluto.

a. En primer lugar, porque debe recordarse lo dispuesto en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, que establece que cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible

3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274.

Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, el contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos, recibos en consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimiento, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por éstas, títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito, y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción

obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

Se resalta lo anterior por cuanto acá el actor no solo pretende demostrar ser acreedor de lo que figura en la promesa de compraventa (14.29% por ciento) sino de una cantidad superior, dado que dice haber pagado más según acuerdo verbal a que llegó con sus socios también promitentes compradores del predio (hecho cuarto de la demanda, en el que afirma que entregó un valor superior a la suma que le correspondía, por convenio establecido verbalmente entre los promitentes compradores, alcanzando así su participación al 30.78 %). Reitera que él pagó la suma de \$153 millones “*en calidad de inversionista capitalista*” (folio 117 del cuaderno principal). Pero no aportó prueba alguna de ese aserto, en cuyo caso, es dable la aplicación de la norma procesal ya mencionada.

b. En segundo lugar, por este otro indicio contingente que va en la misma dirección, la de la inexistencia de los pagos hechos por el demandante de esta causa: El actor llamó a declarar a Horacio Ospina Reyes, Ana Patricia Suárez Betancourt, Luis Fernando Ospina Reyes, Carmenza de Jesús Moreno Gutiérrez, Álvaro Vargas López, Cecilia Yepes López (la que no compareció a la notaría), Juan Vicente Azuero Guerrero, es decir, todos signatarios con él, y sujetos del grupo de los promitentes compradores. Con esas declaraciones pretendía demostrar lo que a los testigos les

constara en relación con la promesa, los proyectos que juntos querían adelantar en el lote, “*los dineros entregados por el señor Alfonso Contreras Lázaro, respecto a la promesa de compraventa*” (folio 133), entre otros pormenores. Y resulta que en el decreto de pruebas (f. 520, c ppal.) el juez efectivamente ordenó el testimonio de estas personas, fijó las fechas para su recaudo¹⁵, y ninguna asistió, a pesar del interés que podían tener en las resultas del pleito.

c. En tercer lugar, llama la atención que en el proceso ejecutivo la parte demandante, incluido el señor Contreras Lázaro, hubiese pedido que se hiciera comparecer a “*Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui para que reconocieran sus propias firmas como testigos de la promesa de compraventa y el contenido de dicho documento*” (f. 4, c. 9 copias del expediente del proceso ejecutivo surtido ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá cuyo demandante es Estructuras de Hormigón Ltda. y otros y el demandado Gonzalo de Jesús Mejía).

Pues bien, previamente notificado (f. 12) asistió a la diligencia de reconocimiento del contenido y firma del documento el señor Hugo Alfonso Briceño Jáuregui, quien manifestó: “*en ninguno de los documentos que se me ponen de*

¹⁵ En folios 755 o 17 se deja constancia de la falta de comparecencia para rendir testimonio, por parte de Horacio Ospina Reyes y Ana Patricia Suárez; en folio 758 o 19 se deja constancia de que Luis Fernando Ospina y Carmenza de Jesús Moreno Gutiérrez tampoco asistieron a la diligencia en la cual debían rendir testimonio; en folio 759 o 20 lo mismo pasa con Álvaro Vargas López y Cecilia Yepes López. En folio 768 o 24 consta que tampoco asistió a esa diligencia Carlos Edward Ospina Reyes.

presente, no figuro, ni aparecen firmados por mí, ni tampoco reconozco el contenido porque no intervine en ese documento” (f. 14). Es decir, los promitentes compradores que se sirvieron de unos testigos para que, llegado el caso, dieran fe de la suscripción del documento de promesa, llaman a dos de ellos, pero uno no va y el otro niega su participación en ese documento, en los términos antedichos.

Pero aún más, ya en el proceso ordinario, Alfonso Contreras Lázaro, esta vez asistido de un abogado diferente del que llevó el ejecutivo, presenta la demanda de esta causa litigiosa y pide que se tengan en cuenta las copias de las comunicaciones de los señores Vargas y Briceño, ya transcritas. Y dice: *“sírvasse señor juez hacer comparecer en su despacho a los doctores Gustavo Vargas Gallo y Hugo Briceño Jáuregui para que reconozcan firma y contenido”* (f. 131, c. 1).

Sube de punto la sorpresa cuando en el auto que decreta las pruebas (f. 520, c. principal) nada dice el juez sobre la petición de reconocimiento de las firmas de estos señores. Esa providencia fue recurrida en reposición por el actor, para pedir que se complementase con algunas pruebas pedidas por él y omitidas por el juzgador (f. 545 o 5). Y, en efecto, el juez complementó el decreto de pruebas; pero ni el interesado ni el juez se refirieron al peticionado reconocimiento aludido. La parte interesada calló al respecto.

Evidentemente, si en el proceso ejecutivo el señor Briceño Jáuregui manifestó no haber participado ni haber servido de testigo en la promesa, puede inferirse que justo temor podía tener la parte actora de que pasara lo mismo en este proceso ordinario.

d. En cuarto lugar, llama poderosamente la atención que en el proceso ordinario sólo uno de los promitentes compradores, y no exactamente el que más porcentajes tenía en el negocio, se hubiese interesado en demandar la extinción de la fiducia. En efecto, según ya se indicó, la sociedad Estructuras de Hormigón Ltda., de conformidad con la promesa de venta, participaba en ella en un 53.58%. Aún más: el gerente de esta sociedad, ya como persona natural y también promitente comprador, fue citado como testigo en esta causa y tampoco asistió a rendir declaración.

Como corolario de todo lo anterior, estima la Corte que la condición de acreedor cierto e indiscutido, legitimado para buscar la extinción de una fiducia en busca de la satisfacción de un crédito a cargo del fiduciante, por haber sido aquel un contratante cumplidor de lo suyo, en manera alguna quedó demostrada, razón por la cual, retomando el hilo conductor de estas explicaciones, si como Tribunal de instancia la Corte entrase a dictar el fallo en reemplazo del casado, llegaría a la misma conclusión de denegar las pretensiones de la demanda.

El demandante debía haber dejado corroborado que los promitentes compradores –todos y 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).

El cargo, pues, 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.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Presidente

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
(Impedimento)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ALONSO RICO PUERTA

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA