



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ
Magistrado Ponente

SC8857-2016

Radicación n° 11001-31-03-017-2010-00587-01

(Aprobada en Sala de diecinueve de abril de dos mil dieciséis)

Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante frente a la sentencia de 20 de marzo de 2013, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que Luis F. Correa y Asociados S.A. promovió contra Urban Group Colombia S.A.

I.- EL LITIGIO

1.- Se solicita declarar a la convocada, de manera principal, responsable de los perjuicios que ocasionó a su contraria y condenarla a resarcirlos, mediante la transferencia de los derechos que tiene como fiduciante y beneficiaria única del fideicomiso «*Mar de Indias*», restituir sesenta y cinco millones trescientos treinta y un mil pesos (\$65'331.000), ambos a título de daño emergente, y pagar cuatrocientos veinticinco millones (\$425'000.000), por lucro cesante.

En subsidio, que está obligada a cancelar mil doscientos millones de pesos (\$1.200'000.000), que indexados a la presentación del libelo ascienden aproximadamente a mil setecientos millones (\$1.700'000.000), más cuatrocientos veinticinco millones (\$425'000.000) para mitigar los daños.

Y en defecto de las dos anteriores, que debe realizar el traspaso de una cuota en común y proindiviso de los inmuebles que constituyen el fideicomiso «*Mar de Indias*», por el valor actualizado de los aportes que le entregó la peticionaria.

2.- Las súplicas se sustentan en los supuestos fácticos que a continuación se sintetizan (folios 82 a 87, cuaderno 1):

a.-) Las partes y otras personas adelantaron negociaciones tendientes a definir cómo desarrollarían el proyecto inmobiliario «*Mar de Indias*», en cinco predios

colindantes ubicados en la vía que de Barranquilla conduce a Cartagena.

b.-) Se convino de manera verbal que los interesados eran los ahora litigantes, que cada uno aportaría cinco mil millones de pesos (\$5.000'000.000), que se constituiría una fiducia mercantil para la ejecución del programa y que este se culminaría con los dineros proporcionados por los compradores de los inmuebles y de las acciones que de allí resultaran.

c.-) Con abonos realizados entre el 15 de septiembre de 2006 y el 10 de febrero de 2009, la accionante entregó a Urban Group Colombia S.A. mil doscientos millones de pesos (\$1.200'000.000), equivalentes al treinta y seis por cientos (36%) de los recursos y con los que debía constituirse el patrimonio autónomo.

d.-) A la otra inversionista le correspondía poner el sesenta y cuatro por ciento (64%), por lo que adquirió cuatro (4) de los fondos mencionados, los englobó en uno (1) sólo y después se hizo al restante.

e.-) El 22 de julio de 2009, en documento privado la enjuiciada constituyó con BBVA Fiduciaria S.A. el contrato de administración y pagos, y el día 27 de los mismos mes y año le transfirió los bienes raíces a través de escritura pública, anotando que el acto tenía un valor de mil ciento treinta y cuatro millones seiscientos sesenta y nueve mil pesos (\$1.134'669.000).

f.-) Ya que en ambos escritos omitió incluir a Luis F. Correa y Asociados S.A., incurrió en una «*suplantación*» porque el traspaso hecho a la fiducia fue por un monto inferior al suministrado por la ahora reclamante, de mil doscientos millones de pesos (\$1.200'000.000), y, por ende, ésta debió ser la fiduciante y beneficiaria única.

g.-) Con posterioridad, Urban Group Colombia, para justificar su proceder, dispuso «*abusiva y unilateralmente*» que el dinero dado por Luis F. Correa y Asociados S.A. constituiría un préstamo.

h.-) Con el fin de conciliar, la encartada remitió varios documentos sin firma a su antagonista, en los que reconoció haberle recibido los aportes y propuso devolvérselos con un aumento del veinticinco por ciento (25%) extraíble de las ganancias que dejara «*Mar de Indias*», todo lo cual ha generado perjuicios para la segunda.

3.- Notificada del auto admisorio, la demandada se opuso y reconvino con escritos radicados de manera tardía, lo que generó su rechazo.

4.- El *a-quo* negó las súplicas de la gestora (folios 273 a 280, cuaderno 1), decisión que recurrida por esta fue confirmada por el superior.

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Admiten la siguiente síntesis (folios 26 a 46, cuaderno 2):

1.- Están estructurados los presupuestos procesales y no se observa vicio que invalide lo actuado.

2.- La actora acudió a la acción de responsabilidad civil invocando el acuerdo verbal ajustado entre las partes, pero no persigue su declaratoria sino el reconocimiento de las indemnizaciones a que estaría obligada la encausada por haberlo incumplido.

3.- Al expediente no se arrimó prueba de ese pacto, pues, los documentos allegados son copias informales y carentes de rúbricas, conclusión que la recurrente se abstuvo de cuestionar al punto que finca su alzada en que su contendiente debe ser sancionada procesalmente por no haber contestado el libelo, dejar de asistir a la audiencia de conciliación, no exhibir el acuerdo fiduciario y porque el interrogatorio de parte que absolvió contiene una confesión, lo que daría lugar a la acreditación del convenio.

4.- Sin embargo, no prosperará la apelación porque el memorial que dio inicio al pleito sí fue replicado, aunque extemporáneamente, de donde no puede deducirse el indicio grave previsto en el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, ya que no se trató de una actuación desleal o incuriosa.

5.- Tampoco es procedente dar por ciertos los hechos contenidos en la demanda susceptibles de confesión de conformidad con el artículo 103 de la Ley 446 de 1998, tras la inasistencia de la opositora a la conciliación judicial, porque aun cuando esa sanción fuera aplicable no se afirmó en el primer supuesto fáctico que existiera un contrato sino que «*se adelantaron negociaciones tendientes a definir las condiciones a las cuales se ajustaría la ejecución conjunta o asociada, entre ellos un proyecto inmobiliario*».

6.- No se configura la confesión «*ficta*» derivada del interrogatorio de parte absuelto por la convocada, pues, contestó todos los cuestionamientos y las respuestas no la comprometen.

7.- Y no podrían estar demostrados los hechos que pretendía acreditar la actora con la exhibición decretada, porque en la diligencia su contendora informó que los escritos objeto de la misma estaban en poder del «*Banco*» (sic) BBVA.

8.- Total, no se probó el acuerdo de voluntades y, por ende, menos podría estarlo su incumplimiento, lo que torna innecesario el estudio de la cuantía jurada de perjuicios.

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

La solicitante formuló dos embates, invocando en ambos la causal primera, que serán estudiados aunadamente por ameritar consideraciones comunes, habida cuenta que en ellos se aduce la desacertada apreciación de los mismos medios de convicción.

PRIMER CARGO

Atribuye la vulneración indirecta de los artículos 1494, 1502, 1602, 1617, 1618, 2341 del Código Civil; 822, 824, 831 y 884 del Código de Comercio, a causa de manifiestos errores de hecho en la valoración del material probatorio del proceso.

Sustenta el reproche así:

1.- El juzgador de segundo grado apreció de manera equivocada la confesión que se desprende del interrogatorio de parte que absolvió la accionada, puesto que su representante legal allí aceptó haber celebrado el acuerdo verbal para desarrollar el proyecto inmobiliario, el plan de acción a fin de ejecutarlo y que recibió los dineros suministrados por la recurrente.

2.- Ignoró la «*confesión ficta o presunta*» prevista en el artículo 103 de la Ley 446 de 1998, derivada de la inasistencia de su contraparte a la audiencia de conciliación ordenada dentro del proceso, que daba lugar a presumir ciertos los hechos relatados en la demanda y, en

consecuencia, la celebración del pacto y que fue incumplido por tal sociedad.

3.- Relegó por completo los «*indicios*» derivados de conductas que realizan las personas dedicadas al comercio cuando ya tienen ajustada una convención, que apreciados en conjunto, ponen al descubierto el acuerdo de voluntades extrañado por el *ad-quem* y su posterior quebrantamiento, como son el pago hecho por Luis F. Correa y Asociados a Urban Group Colombia S.A., el plan de acción ajustado, el borrador del proyecto de fiducia mercantil y la propuesta de devolución remitida por la segunda a la primera.

4.- El Tribunal tampoco tuvo en cuenta que callar dentro del término concedido para oponerse a la demanda es «*indicio grave*» en contra de quien tiene esta carga, por mandato del artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, lo que justificó con el argumento de que contestar tardíamente imposibilita su aplicación. Luego al silencio no podía otorgársele consecuencia diferente, según la jurisprudencia de la Corte.

SEGUNDO CARGO

Acusa, por vía indirecta, la transgresión de los artículos 1494, 2313, 2316, 2318, 2341, 2343 del Código Civil y 831 del Código de Comercio, debido a errores de hecho en la estimación de los medios de convicción

derivados de la mala lectura de las pretensiones de la demanda.

Expone para ello, lo siguiente:

1.- La primera solicitud subsidiaria tiende a que se ordene a la enjuiciada devolver los dineros que recibió de su contendora, con independencia de que entre ellas existiera o no una alianza.

2.- Urban Group Colombia S.A. aceptó en el interrogatorio que absolvió, a través de su representante legal, haber recibido de Luis F. Correa y Asociados S.A., cerca de mil ciento quince millones doscientos veintiocho mil trescientos treinta y seis pesos (\$1.115'228.336), pero hubo error en la evaluación de tal confesión.

3.- Desacertó el juez de segundo grado al no haber apreciado como «*confesión ficta o presunta*» en contra de la demandada, su inasistencia a la conciliación realizada ante el *a-quo*, en la medida en que el artículo 103 de la Ley 446 de 1998 dispone que la consecuencia de tal falta es dar como probados los hechos contenidos en el instrumento con que se inicia el caso, lo que hubiera generado la demostración de la entrega que se le hizo de mil doscientos millones de pesos (\$1.200'000.000), según afirmación hecha en ese escrito.

4.- Por tanto, los desaciertos del Tribunal impidieron la prosperidad de la pretensión subsidiaria inicial, en el

supuesto de compartir la conclusión atinente a que no estuvo acreditado el acuerdo, porque sí se probó el desplazamiento patrimonial que hizo la accionante a favor de su antagonista y, por ende, que hubo enriquecimiento para ésta correlativo con un empobrecimiento de aquella.

CONSIDERACIONES

1.- La promotora solicitó, primordialmente, que su contrincante fuera condenada al pago de los perjuicios que le causó tras incumplir la convención que ajustaron, a través de la transferencia de los derechos que tiene como fiduciante y beneficiaria única del fideicomiso «*Mar de Indias*» y cancelando cuatrocientos noventa millones trescientos treinta y un mil pesos (\$490'331.000).

En subsidio, ordenarle devolver indexados los dineros que recibió en cuantía de mil doscientos millones de pesos (\$1.200'000.000), más otra suma por concepto de daños; o, en su defecto, le enajene una cuota parte de los inmuebles entregados al fideicomiso «*Mar de Indias*», equivalente a ésta cantidad.

2.- El Tribunal confirmó el fallo del *a-quo*, que negó la prosperidad de todas las reclamaciones.

3.- En los dos cargos, la petente esgrime errores fácticos del *ad-quem*, por indebida apreciación de un medio de convicción y por preterición de otros, que desembocaron

en que la providencia atacada fuera desestimatoria, los que se pueden concretar en estos puntos:

a.-) Hubo mala evaluación de la confesión hecha por el representante legal de la convocada al ser interrogado.

b.-) No observó los indicios derivados de las conductas desplegadas por los contratantes.

c.-) Omitió la «*confesión ficta*» extraída de la inasistencia de la empresa enjuiciada a la audiencia de conciliación practicada en el trámite.

d.-) Igual sucedió con el «*indicio grave*» producto de callar dentro del término concedido para contestar el libelo.

Adicionalmente, en el segundo ataque se adujo que la primera petición subsidiaria no dependía de la existencia de un contrato, y en la medida en que el fallo no lo notó incurrió en «*error fundamental en la apreciación de las pretensiones de la demanda*».

4.- Tienen relevancia para la decisión que se está adoptando, las siguientes circunstancias:

a.-) Que con el escrito inicial del juicio fueron aportados:

i.-) El «*borrador con fines de discusión*» del contrato de fiducia mercantil que celebrarían Urban Group S.A. y BBVA

Fiduciaria, así como el proyecto de «*acuerdo entre Luis F. Correa Asociados S.A. y Fideicomiso Mar de Indias*», ambos carentes de firmas (fls. 2 a 36, cuaderno 1).

ii.-) Copia auténtica de la escritura pública n° 2568 otorgada el 27 de julio de 2009 en la Notaría 2ª de Cartagena, contentiva del fideicomiso «*Mar de Indias*» ajustado entre Urban Group Colombia S.A. y BBVA Fiduciaria S.A., en condición de fideicomitente y fiduciaria, en su orden (fls. 37 a 46).

iii.-) Las impresiones de correos electrónicos cruzados entre el representante legal de la encartada y la gerente de su contraria y de aquél con Luis Fernando Correa Bahamón (fls. 56 a 73).

b.-) Que las dos empresas concurren a la práctica de una conciliación prejudicial sin lograr un arreglo (fl. 74).

c.-) Que por haber sido radicados extemporáneamente, el *a-quo* rechazó los escritos de reconvención y réplica al que originó el litigio.

d.-) Que a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil no asistió la convocada, por lo que allí mismo se le sancionó con multa pecuniaria e indicio grave en su contra.

e.-) Que las partes absolvieron interrogatorio y en la exhibición del contrato de fiducia mercantil Urban Group

Colombia S.A. manifestó que el documento estaba en poder de BBVA Fiduciaria y protocolizado notarialmente.

5.- Habida cuenta que el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta cometiendo errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o de derecho, cuando de su validez jurídica se trata, el legislador posibilitó ese reclamo dentro de la causal primera de casación (art. 368, núm. 1º, inc. 2º, C. de P.C.)

La inicial afectación -por faltas fácticas- ocurre cuando el juez se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión que comete el fallador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, alterando su contenido de forma significativa.

Así lo ha explicado la Sala al señalar que

Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, '(...) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o

por cercenamiento (...)' (CSJ, SC9680 24 jul. 2015, rad. n° 2004-00469-01).

6.- No prosperan las acusaciones bajo estudio porque con el examen efectuado por la Sala, a los elementos de convicción, quedan desvirtuadas las falencias endilgadas a la valoración del *ad quem*, como pasa a verse:

a.-) Sobre las manifestaciones contenidas en el interrogatorio que absolvió el representante legal de la encausada es pertinente anotar que, como lo aduce la recurrente, allí fue reconocida la celebración verbal de un acuerdo tendiente a poner en marcha un proyecto inmobiliario en Cartagena, que los interesados asumieron la obligación de aportar cada uno cinco mil millones de pesos (\$5.000'000.000) y que posteriormente constituirían un fideicomiso de preventas.

No obstante, en esa misma audiencia y con total claridad el gerente de la demandada mencionó que no fue ésta sociedad ni su contraparte las que ajustaron ese convenio, sino él y Luis Fernando Correa Bahamón como personas naturales.

Ello se desprende de las respuestas dadas a las preguntas del cuestionario (fls. 195 a 199, cuaderno 1), pues, al ser indagado por las negociaciones entre las dos compañías contestó que «*no es cierto, hicimos una reunión entre el señor Luis Fernando Correa y Alí López, así mismo en compañía de otros tres posibles socios*»; que «*tanto Alí*

López no Urban Group y Luis Fernando Correa se comprometieron a cubrir el valor de los aportes que los otros socios no habían podido cubrir para seguir la estructuración del posible negocio»; que «realmente yo nunca hice negociación con ninguna persona diferente a Luis Fernando Correa Bahamón»; y que «nunca la sociedad Luis Fernando Correa S.A. tuvo el derecho, todas las negociaciones se hicieron en cabeza de él» (refiriéndose a su representante Luis Fernando Correa Bahamón).

En el mismo sentido indicó con ahínco que «(l)a relación en las negociaciones con el doctor Luis Fernando Correa fueron entre su persona y Alí López»; que «es Alí López quien entró en negociación con Luis Fernando Correa y soy yo Alí López el que debe reintegrarle los aportes al señor Luis Fernando Correa ya que en ningún momento de las negociaciones he actuado como representante legal de la sociedad Urban Group Colombia S.A., sino que lo he hecho en nombre propio; y agregó que «(y)o Alí López en diversas ocasiones me he reunido con Luis Fernando Correa y le he manifestado mi voluntad de restituirle los aportes y en varias ocasiones hemos tratado de darle solución al valor de estos pero no hemos podido llegar a un acuerdo».

Culminó afirmando que «(q)uiero aclarar que Alí José López Gutiérrez de Piñeres es y ha sido quien ha adelantado negociaciones con el señor Luis Fernando Correa Bahamón no yo como representante legal de una de las compañías a las que represento».

En suma, la confesión a que alude el recurso no surge, porque uno de los requisitos para que se configure es que «*verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria*» (art. 195-2, C. de P.C.), presupuesto insatisfecho en el *sub lite* en la medida en que el reconocimiento del pacto y de los dineros entregados en desarrollo del mismo fueron hechos aludiendo a personas distintas a las involucradas en el presente proceso.

Así las cosas, no erró el Tribunal al concluir que era inexistente la confesión alegada por la reclamante, habida cuenta que si el administrador del otro extremo litigioso aceptó haber adquirido obligaciones a nombre propio y no de su representada, esa distinción debía ser apreciada, lo que implica afirmar que no se configuró tal medio probatorio en lo que a la persona jurídica se refiere.

b.-) Tampoco aparecen estructurados los indicios que, a voces de la impugnante, ponen al descubierto el acuerdo investigado y su incumplimiento, derivados, según el recurso, de conductas que los comerciantes ejecutan cuando ya lo tienen perfeccionado como son el pago hecho por Luis F. Correa y Asociados a Urban Group Colombia S.A., el plan de acción acometido, la propuesta de devolución remitida a la primera y el borrador del contrato de fiducia mercantil.

Es que no aparecen demostrados estos hechos indicadores, de los cuales la censura extrae indicios, en la

medida en que, según ya se anotó, el pago y el plan de acción alegados fueron ajustados entre personas naturales diversas a las jurídicas involucradas en esta litis.

Menos podría afirmarse que están honrados los dos últimos supuestos fácticos que sirven de guía a la censura, porque respecto de los medios de convicción que los soportaban el Tribunal adujo que *«(l)os documentos aportados con la demanda como sustento de los hechos, no pueden considerarse para el fin con ellos propuesto, debido a que se trata de unos escritos en copias, y sin firmas»* (fl. 38, cuaderno 6), valoración que ni siquiera fue atacada por vía extraordinaria.

Y al no estar probadas las conductas indicadoras, que darían lugar a inferir otras, no puede colegirse la estructuración de una prueba indiciaria. Así lo ha enseñado la Corte al exponer lo siguiente

*recuérdese que sobre este medio, a voces del artículo 248 de enjuiciamiento civil, para que un hecho pueda considerarse como indicio, ‘deberá estar debidamente probado en el proceso’, el mismo que según el canon 250 ibídem se apreciará en conjunto con otros y ‘teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso’. (...) Tiene dicho la Sala sobre este medio probativo que: ‘Naturalmente, los indicios por si mismos carecen de entidad, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida. **Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser***

'contraevidente', siendo menester determinar la proximidad entre el 'factum probandum y el factum probans', tanto 'más ceñida a la lógica y a las máximas de la experiencia se vea la inferencia, mayor será la significación probatoria del indicio' y, por consiguiente, la concurrencia o simultaneidad de inferencias o conclusiones diversas generan duda y restan mérito al indicio'. (Resaltado fuera de texto). (Cas. Civ. Sentencia de 12 de marzo de 1992), (Cas. Civ. 30 de junio de 2008, expediente No 1998 00363). (CSJ SC 10 abr. 2013, rad. n° 2006-00782-01).

De contera, no puede afirmarse que hubo olvido del *ad-quem* respecto de un indicio, ya que éste requiere para su configuración la existencia de un hecho acreditado (indicador) del que se extracta otro que no lo está (indicado) y en el *sub lite* aquél no fue probado.

c.-) Respecto de la omisión en el empleo del artículo 103 de la Ley 446 de 1998, porque la opositora no concurrió a la conciliación surtida en el proceso, de la que la solicitante extrae una «*confesión ficta o presunta*», precisa la Sala que el *ad-quem* no incurrió en tal yerro.

i) En primer lugar porque fincó su decisión en dos pilares, esto es, que la norma no era aplicable y que, de serlo, tampoco prosperaría la acción porque no se afirmó en los supuestos fácticos de la demanda que existiera un contrato sino que las partes estaban reuniéndose para definirlo.

En efecto, así lo consideró el juez de segundo grado

Memorando, la demanda alude a hechos concernientes a una reunión entre las partes para tratar asuntos relacionados con un proyecto de condominio, es decir, no revela la existencia de un contrato, y no se puede olvidar hacer nuevamente mención a que en las pretensiones de la demanda no se persigue que se declare la existencia del contrato, sino que directamente se suplican las sanciones provenientes de un contrato cuya inexistencia no aparece (sic); luego, si se pudiera considerar que la inasistencia a la audiencia de conciliación conlleva como sanción como lo predica la regla antes transcrita, indiscutiblemente conduce a tener por cierto lo que se dice en el hecho primero de la demanda ya comentado y no a la existencia del contrato, del que se desconocen sus cláusulas, los convenios y obligaciones propias de su naturaleza y calidad. (Fls. 43 a 44, cuaderno 6. Subrayado ajeno al texto).

Es decir, que tal fallador sí realizó una valoración tentativa de la conducta de la parte encartada, de la sanción jurídica de ella derivada y coligió que no era suficiente para estimar lo pedido, lo que descarta la incuria alegada.

Además y respecto del segundo de los fundamentos mencionados, esto es, que en el libelo no se aseveró la existencia de un acuerdo entre los litigantes lo que impedía tenerlo por acreditado acudiendo al artículo 103 de la Ley 446 de 1998, destaca la Sala que se trata de un punto pacífico porque el recurso extraordinario no lo cuestionó y, por tanto, tampoco la desvirtuó.

Sobre este aspecto resulta pertinente reiterar que un ataque por vía casacional, acudiendo a la causal primera por error de hecho igual al que ahora se estudia, requiere del cotejo puntual del contenido de las pruebas así como lo pretendido en la demanda con lo que expresó la sentencia impugnada. Seguidamente exige demostrar la divergencia entre la decisión y los medios de convicción junto al libelo y que la disparidad es evidente y afectó de manera determinante la resolución del asunto.

Al respecto, la Sala ha señalado que

De conformidad con el último inciso del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, cuando se alegue la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, es necesario que el recurrente lo demuestre, actividad que impone, como ha afirmado con reiteración la Corte, que "...más que disentir, se ocupe de acreditar los yerros que le atribuye al sentenciador, laborío que reclama la singularización de los medios probatorios supuestos o preteridos; su puntual confrontación con las conclusiones que de ellos extrajo -o debió extraer- el Tribunal y la exposición de la evidencia de la equivocación, así como de su trascendencia en la determinación adoptada" (Cas. Civ., sentencia de 23 de marzo de 2004, expediente No. 7533;), actividades todas que conducen a la acertada confección de la censura en ese preciso aspecto. En el mismo sentido ha dicho la Corte, también con insistencia, que la demostración del yerro "...se cumple mediante la exposición de la evidencia del error y de su incidencia en la decisión adoptada."(sent. de 2 de febrero de 2001, exp. 5670), por manera que se precisa una tarea de confrontación o de parangón entre lo que la sentencia dijo acerca del medio o de la demanda o

contestación y lo que en verdad ella debió decir. (CSJ AC, 30 mar 2009, rad. n° 15001-31-03-002-1996-08781-01)

Más recientemente indicó que

En el error de hecho debe ponerse de presente, por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y, por el otro, el texto concreto del medio, y, establecido el paralelo, denotar que existe disparidad o divergencia entrambos y que esa disparidad es evidente. (CSJ AC, 13 ene 2013, Rad. n° 2009-00406).

En el *sub judice*, no fue infirmada la segunda de las bases que el Tribunal adujo para abstenerse de utilizar el artículo 103 de la Ley 446 de 1998, lo que también deja ver que el yerro endilgado no aparece evidenciado.

ii) Ahora bien, si lo buscado con la censura es enfatizar que la inasistencia a la audiencia preliminar conlleva una confesión ficta y no un indicio grave, tal planteamiento debió hacerse por el sendero del error de derecho y no del yerro fáctico, por aludir a la contravención de una norma probatoria, artículo 103 *ibídem*, y no a la tergiversación u olvido material del elemento de convicción.

Así lo expuso esta Corporación en un asunto similar en el que también se censuraba la falta de observancia de esa probanza, pues, precisó que si el juez se equivoca en el empleo de un mandato que regula ese medio de convicción incurre en desatino de derecho, al exponer que

La indicada consideración del Tribunal, de ser equivocada, comportaría la comisión de un error de derecho, toda vez que ella es resultado de la aplicación que el ad quem hizo de la norma disciplinante de la confesión ficta, esto es, que fue por razones estrictamente jurídico-probatorias que esa autoridad concluyó la inexistencia de dicho medio de convicción en el proceso, apreciación que, por lo mismo, no podía combatirse aduciéndose la comisión de un error de hecho, como desatinadamente lo hizo el recurrente, en tanto que ella, como viene de explicarse, no concernió con la contemplación material u objetiva del elemento de juicio mismo, sino con su configuración pero a los ojos de la ley. (CSJ, SC17396, 19 dic. 2014, rad. n° 2009-00014-01).

Y como quiera que la naturaleza restrictiva y dispositiva del recurso extraordinario de casación impide a la Corte volver a examinar el proceso como si fuera un juez de instancia, puesto que carece de competencia para ello porque tiene que ajustarse a la senda escogida por quien reclama, se colige que, en principio, está imposibilitada para abordar el análisis del reparo de que se trata.

En múltiples ocasiones así lo ha manifestado la Sala, de la siguiente manera

De modo que, siendo así, el cargo, por lo menos en los apartes que se vienen refiriendo, no se acomoda entonces a las exigencias técnicas del recurso extraordinario; desde luego que si el yerro de iure atañe al aspecto jurídico de la prueba, y a diferencia, el de facto dice relación con su objetividad, con la verificación de su existencia en el proceso, cosas que justamente por ello se repelen, la presencia de esa confusión en la acusación

obsta un estudio de fondo por parte de la Corte, la que bajo ningún pretexto podría, habida cuenta de la naturaleza dispositiva de la casación, entrar a escoger entre uno u otro. (CSJ SC-043 de 11 may. 2004, rad. n° 7888, reiterada en AC-3230 de 2015, rad. n° 2011-00048-01).

iii) En tercer lugar, porque el artículo 103 de la Ley 446 de 1998, invocado en la censura, consagra que

La inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación judicial prevista en esta ley o a la contemplada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, tendrá además de las consecuencias indicadas en el citado artículo, las siguientes consecuencias en el proceso: (...) 4. si se trata del demandado, se tendrán por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, y además el Juez declarará desiertas las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, si las hubiere propuesto.

Una primera inferencia que de ese precepto se desprende es que la confesión a que alude la recurrente sólo resulta operante tratándose de la falta de concurrencia a la etapa conciliatoria y no de respecto de las otras del proceso, pues así fue previsto expresamente por el legislador.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 640 de 2001 fue modificada la regulación de ese mecanismo de resolución de conflictos, consagrándolo como un requisito de procedibilidad (art. 35) que cumplido torna innecesaria su repetición dentro del juicio, por así disponerlo el inciso

2° de ésta norma, a cuyo tenor *«(r)realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.»*

Esta Corporación en un asunto similar así lo explicó, al expresar que

La negativa del juzgado a citar a la audiencia de conciliación, vertida en el auto de 23 de junio de 2004, tampoco merece reparo, pues el juez dio aplicación al inciso 2° del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, que establece que celebrada audiencia extrajudicial sin que se llegue a un acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del C.P.C. o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplan como obligatorias en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración, apoyo en la ley y en las pruebas que obraban en el proceso que descarta la alegada vía de hecho, pues obra en el expediente de tutela a folios 3 y 4 que la audiencia de conciliación extrajudicial se llevó a cabo el 30 de enero de 2003, resultando fallida pues el apoderado del (...), quien es el mismo que entabló la presente acción, dijo que tenía precisas instrucciones de no conciliar. (CSJ STC 22 ago. 2005, rad. n° 2005-00949-00).

En ese mismo sentido se pronunció la doctrina diciendo que

Sea que la ley exija intentar la conciliación como requisito para acceder al juez mediante la formulación de la demanda, o que sin la exigencia legal el interesado prefiera agotar la posibilidad de arreglo directo, antes de acudir al proceso, el sólo hecho de provocarlo en legal forma hace innecesaria la oportunidad de conciliación dentro del proceso posterior que se inicie, a no ser que el demandante solicite que se intente de nuevo allí (Ley 640 de 2001, art- 35-2. (Lecciones de Derecho Procesal, Tomo II, Procedimiento Civil, Editorial Esaju, 5ª ed. 2013)

Con base en tales premisas, se tiene que en el *sub lite* fue cumplida la mencionada exigencia, consagrada como presupuesto para acudir a la administración de justicia, porque habiendo concurrido a la diligencia extrajudicial ambas partes no llegaron a un arreglo, según da cuenta la constancia expedida por el Centro de Conciliación de la Procuraduría General de la Nación (fl. 74, cuaderno 1).

Por consiguiente, la audiencia preliminar celebrada dentro del proceso en los términos del artículo 101 del código adjetivo civil y a la que no compareció la convocada, no podía tener como fin intentar una conciliación -por ya estar evacuada- sino las demás etapas previstas en este canon, es decir, interrogatorios, resolución de excepciones previas, saneamiento del litigio y fijación de hechos, pretensiones y excepciones de mérito.

En otros términos, la inasistencia aludida no era sancionable conforme lo reclama la gestora, comoquiera que la fase del trámite para la cual el legislador previó esa pena había sido superada previamente.

Por tanto, la condena apropiada para Urban Group Colombia S.A. por no comparecer a la audiencia evacuada en los términos del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil era la prevista de manera genérica en sus numerales 2° y 3° del parágrafo 2°, esto es, tener tal conducta como un indicio grave en contra de sus excepciones e imponerle una multa en dinero, lo que hizo el *a-quo* allí mismo y respecto de lo cual nada censuró la demanda de casación, pero no la regulada en el artículo 103 de la Ley 446 de 1998.

iv) Se concluye de lo expuesto que no hubo preterición de una probanza sino que el funcionario de segunda instancia se abstuvo de tener por ciertos los hechos del libelo, por no estar reunidos los requisitos previstos en el ordenamiento para proceder en ese sentido.

d.-) Finalmente, en relación con el yerro endilgado al fallo atacado por hacer caso omiso del artículo 95 del estatuto ritual civil, a cuyo tenor callar dentro del término otorgado para oponerse a las pretensiones genera un indicio grave en contra de quien permanece silente, reitera esta Corte que con tal argumentación de nuevo se pone de presente una transgresión de normas probatorias, lo que, como también se anotó, se ajusta al error de derecho por controvertir la ponderación que el ordenamiento otorga a la citada actitud omisiva.

Por supuesto que si la censora aduce que su juez natural no aplicó un mandato legal a pesar de estar cumplidas las exigencias para ello, del que extrae un indicio grave para su contraria, está esbozando una falencia en la estimación jurídica efectuada (error de derecho) y no en la valoración de ese medio de convicción (yerro de hecho).

Esa falla técnica en la formulación del cargo imposibilita a esta Colegiatura abordar el estudio de tal cuestionamiento, según lo plasmó la Corte en esta misma providencia, razonamiento que se da por reproducido en gracia de brevedad.

7.- En este orden de cosas, no se advierte que el juzgador de segundo grado, estruendosamente, hubiere errado en la contemplación objetiva de los referidos medios de prueba, pues, antes bien, apreció los verdaderamente existentes en forma que no luce irrazonable, esto es sin cercenarlos o distorsionando su contenido, como lo sugieren las censuras.

8.- Ahora, ya que el último ataque por vía de casación también estuvo basado en que la petición subsidiaria inicial no dependía de la existencia de un acuerdo ajustado entre los intervinientes y que el fallo no se percató de esto, incurriendo en «*error fundamental en la apreciación de las pretensiones de la demanda*», se concluye que tal falencia no existe.

Lo anterior porque las súplicas, principales y subsidiarias, se fundamentaron en un grupo de hechos toda vez que el libelo no contenía un conjunto para cada una.

En efecto, la gestora relató haber celebrado un negocio verbal con su accionada, que ejecutó prestaciones derivadas el mismo y que ésta lo incumplió al no hacerla figurar en los contratos posteriores que se desprendían de aquél. Seguidamente pidió, de manera principal, ser incluida, en subsidio la devolución de los dineros que entregó y, en defecto de las anteriores, la transferencia a su favor de los inmuebles objeto del fideicomiso celebrado por la enjuiciada en proporción de lo que aquella dio a ésta, todos esos ruegos con indemnización de perjuicios.

Comoquiera que en ninguna de dichas aspiraciones se solicitó declarar la existencia de un acuerdo de voluntades y que fueron soportadas en un supuesto fáctico, la conclusión del *ad-quem* en el sentido de que unas y otras partían del primigenio pacto oral no denota indebida interpretación del escrito inaugural del juicio.

Es que el fallador no puede resolver una pretensión fincado únicamente en su tenor literal y desconociendo los hechos que le sirven de sustento. Por el contrario, esos acápite deben ser interpretados con armonía, como ha tenido oportunidad de exponerlo la Sala, precisamente, entre otros, en un caso en el cual el funcionario decidió un

litigio al margen de las circunstancias relatadas, donde adujo lo siguiente

Si bien es verdad que uno de los elementos que sirve a la identificación del concreto litigio que se proponga en una determinada demanda, es la pretensión, en sí misma considerada, también lo es que tal aspecto no es el único y, mucho menos, uno suficiente, para particularizar la acción planteada, toda vez que las específicas peticiones elevadas deben ponderarse en conjunción con la causa aducida en su respaldo, constituida por los hechos invocados y por los efectos jurídicos que en relación con ellos haya esgrimido el propio actor. No pueden, por lo tanto, los sentenciadores de instancia, a efecto de desentrañar el verdadero sentido de la demanda, escindir sus pretensiones y hechos para, con observancia exclusiva de las primeras y desconocimiento de los segundos, fijar el alcance de la acción intentada, pues ese proceder, por el contrario, conduce a su desfiguración. (...) Siendo ello así, como en efecto lo es, se impone colegir que erró en forma estridente el Tribunal, cuando fincado exclusivamente en el contenido literal del primero de los pedimentos de demanda con la que se dio apertura al presente proceso, concretamente, en la expresión “extraordinaria” que se incluyó en él, dedujo que la prescripción adquisitiva aducida fue la así denominada en el régimen común del Código Civil. (CSJ SC6504, 27 may. 2015, rad. n° 2002-00205-01).

De las anteriores consideraciones se sigue que el error atribuido al fallador, según el cual interpretó mal la primera pretensión subsidiaria del libelo, tampoco ocurrió.

9.- Los ataques estudiados conjuntamente, por tanto, fracasan.

10.- Teniendo en cuenta que la determinación es adversa a la recurrente, de conformidad con el último inciso del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 19 de la Ley 1395 de 2010, se le condenará en costas. Se fijarán en esta misma providencia las agencias en derecho. Para su cuantificación se tendrá en cuenta que el libelo extraordinario fue replicado.

IV.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 20 de marzo de 2013, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que Luis F. Correa Y Asociados S.A. promovió contra Urban Group Colombia S.A.

Costas a cargo de la actora, las que serán liquidadas por la Secretaría incluyendo la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000) por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese

MARGARITA CABELLO BLANCO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA