



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

**Magistrado Ponente:
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ**

Bogotá, D. C., primero (1°) de noviembre de dos mil trece (2013).-
(discutido y aprobado en Sala de 28 de agosto de 2013).

Ref.: 08001-3103-008-1994-26630-01

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, integrada por el señor **IVÁN PEDRO TARUD MARÍA** y la sociedad **IVÁN TARUD Y COMPAÑÍA S. EN C. -ITAR-**, respecto de la sentencia proferida el 2 de junio de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil - Familia, dentro del proceso ordinario que los mencionados impugnantes adelantaron en contra del **BANCO DE BOGOTÁ**.

ANTECEDENTES

1. En la demanda con la que se dio inicio al referenciado proceso, que en copia obra del folio 126 al 271 del cuaderno No. 27, conforme la reconstrucción parcial del

expediente que se realizó en audiencia del 13 de mayo de 2003 (fl. 283, cd. 27), se solicitó, en síntesis:

1.1. Declarar que el demandado "es civilmente responsable de todos los daños y perjuicios" sufridos por los actores "con motivo de la acción pauliana" que aquél adelantó en su contra y del "registro de la demanda que logró".

1.2. Ordenar al accionado pagar a los promotores de la controversia, "como indemnización de los daños y perjuicios ocasionados", las siguientes cantidades:

1.2.1. En favor de Iván Pedro Tarud María \$1.000.000.000.00, por "PERJUICIOS MORALES", derivados de la afectación que se provocó "a su buen nombre y prestigio comercial y social que tenía en la ciudad de Barranquilla".

1.2.2. En favor de la sociedad Iván Tarud y Cía. S. en C.:

a) \$25.865.000.00, por "DAÑO EMERGENTE", "representado por las sumas de dinero que debió cancelarle a los diferentes profesionales que tuvieron a su cargo la defensa de los derechos de dicha sociedad".

b) \$102.845.646.00, por "LUCRO CESANTE", equivalente a "los rendimientos o sumas que ese daño emergente dejó de producir durante el tiempo transcurrido entre el momento de la entrega a esos profesionales y el

momento en que se present[ó] esta demanda”.

c) \$20.725.178.792.00, por “LUCRO CESANTE”, correspondiente a “las ganancias o beneficios dejados de obtener al no poder construir las torres de diez (10) pisos que se habían proyectado y presupuestado, de acuerdo con los hechos” señalados en el mismo libelo introductorio.

d) \$1.000.000.000.00, por “PERJUCIOS MORALES OBJETIVADOS”, provocados por el desmedro del “good will o buen nombre comercial” de la referida persona jurídica.

1.3. Imponer al banco, en el supuesto de que no satisfaga oportunamente las anteriores condenas, el pago de “los intereses comerciales moratorios” hasta el momento de la solución efectiva de esos rubros.

1.4. Condenarlo, además, a las costas del proceso.

2. Los hechos que fueron aducidos en respaldo de los precedentes pedimentos, se presentaron en diversos acápites, como pasa a sintetizarse:

2.1. Hechos relacionados “CON LAS ACCIONES DAÑOSAS QUE AFECTARON A LA SOCIEDAD COMANDITARIA IVÁN TARUD S. EN C.”.

2.1.1. Previa adquisición de los lotes de terreno distinguidos con los Nos. 74-89 y 74-125 de la carrera 52 de Barranquilla, el señor Tarud María, en el "primer semestre de 1984", se propuso la construcción en ellos de dos edificios, inicialmente, de cuatro pisos cada uno y, luego, de diez pisos de altura, razón por la que el 18 de junio del mismo año consiguió que la Oficina de Planeación Municipal de dicha ciudad impartiera aprobación provisional al proyecto y el 18 de septiembre siguiente celebró contrato de compraventa e instalación de los ascensores que funcionarían en la primera torre que iba a ser levantada.

2.1.2. Debido a que días más tarde el Gobierno Nacional suspendió la importación de ascensores, se paralizó el referido proyecto y el nombrado actor, "ante la necesidad de una mejor administración de los bienes familiares (...)", aprovechó tal circunstancia para constituir con sus hijos la sociedad Iván Tarud y Cía. S. en C., lo que hizo mediante la escritura pública No. 3740 del 31 de diciembre de 1984.

2.1.3. Dicha sociedad, luego de desarrollar con gran éxito un conjunto vacacional en dos lotes de terreno que previamente había adquirido en la ciudad de Santa Marta, compró, por una parte, al señor Tarud María, los predios de la carrera 52 Nos. 74-89 y 74-125 de Barranquilla; y, por otra, a la familia Marimon de Newman, el lote intermedio entre ellos, distinguido con el No. 74-107 de la misma carrera, lo que efectuó con las escrituras públicas Nos. 230, 237 y 348 de la Notaría Segunda de esa capital, fechadas los días 6, 9 y 19 de

febrero de 1987.

2.1.4. Con la titularidad del dominio de los tres predios ubicados sobre la carrera 52, la sociedad aquí demandante adecuó los planos iniciales para construir allí, ya no dos, sino tres torres de diez pisos cada una y luego de que el Gobierno Nacional levantó la prohibición de importar ascensores reactivó el proyecto, que denominó "TEQUENDAMA I, II y III", mediante la elaboración del presupuesto, que en costos ascendió a \$618.163.302.00 y en utilidades a \$880.648.698.00, "con la posibilidad de incrementarlas en más del 25%, en vista de que los precios de venta que se estaban dando en la época, eran comercialmente bajos, lo que resultaba muy atractivo en el tiempo que se tenía proyectada la venta total".

2.1.5. El 30 de junio de 1987 el Banco de Bogotá, en forma "inesperada e injusta", demandó ejecutivamente a Iván Pedro Tarud María, Dislicores Limitada e Incolsa Limitada debido a "una discrepancia por el cobro exagerado de unos intereses" y por unas "cartas de crédito", proceso en el que los accionados, por intermedio de apoderado, presentaron excepciones el 30 de noviembre de ese mismo año, no obstante lo cual la sociedad actora impulsó el señalado proyecto, "en el sentido de poner en orden todas las documentaciones necesarias para obtener los permisos definitivos de la construcción de las tres (3) torres por parte de Planeación Municipal" de Barranquilla.

2.1.6. "Al sacar copia de las escrituras de las propiedades ubicadas en la carrera 52 Nos. 74-89, 74-107 y 74-125, lo mismo que los folios de las matrículas inmobiliarias de cada una de ellas ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para demostrar la titularidad y la tradición actualizadas de estos inmuebles, aparecieron afectadas las matrículas inmobiliarias CON LA INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA DE UN PROCESO ORDINARIO DE ACCIÓN PAULIANA PROMOVIDO POR EL BANCO DE BOGOTÁ CONTRA IVÁN PEDRO TARUD MARÍA E IVÁN TARUD S. EN C., (...), RADICADO EN EL JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD", inscripción que se verificó "el 12 de diciembre de 1987".

2.1.7. Como consecuencia de esa circunstancia, por una parte, los asesores jurídicos de la sociedad demandante "le aconsejaron abstenerse de presentar la documentación de los proyectos de construcción de TEQUENDAMA I, II Y III, ya que dos (2) de los inmuebles en donde se iban a construir las tres (3) torres estaban afectados por el registro de la demanda ordinaria de acción pauliana (...), lo que tendría como consecuencia el rechazo de la PROTOCOLIZACIÓN del REGLAMENTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL y, por ende, [haría] imposible realizar la venta, fuera anticipada o terminada, de los locales comerciales y oficinas, ya que la demanda inscrita aparecería en todos los certificados o matrículas inmobiliarias de los inmuebles a venderse y los compradores se abstendrían de negociar"; por otra, en el supuesto de que

se otorgara el permiso para la construcción y se realizara la enajenación de las correspondientes unidades inmobiliarias, la sociedad actora sería responsable "de todos los daños y perjuicios" que se ocasionaran a los potenciales compradores; y, por último, se paralizó el desarrollo del referido proyecto arquitectónico.

2.1.8. El Banco de Bogotá, con el único propósito de perjudicar a los gestores de esta controversia, dilató el trámite del proceso mediante el cual ejercitó en su contra la acción pauliana, todo ello con el fin de prolongar la vigencia del registro de la demanda, por lo que incurrió en "temeridad y mala fe", como quiera que:

a) Se opuso al decreto y práctica de los dictámenes periciales allí solicitados y objetó los que en definitiva fueron presentados, con fundamentos irrelevantes.

b) Recurrió las providencias proferidas en el mismo, sin ninguna justificación.

c) Pese a que el 17 de julio de 1989 "el CONTRALOR REGIONAL I del BANCO DE BOGOTÁ, que operaba en Bogotá, le informó al Gerente del BANCO DE BOGOTÁ, Sucursal Principal Barranquilla, que la liquidación de los créditos con la cual se integró la suma que se colocó al **pagaré adulterado** que se utilizó para iniciar el proceso ejecutivo que había sido la causa aparente de la Acción Pauliana, 'estaba mal hecha'", lo que luego ratificó bajo la

gravedad de juramento, la aquí demandada apeló la sentencia desestimatoria de primera instancia "y mantuvo el trámite de la alzada a pesar de que el día 5 de septiembre de ese mismo año, el JUZGADO DOCE DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL RADICADO EN BARRANQUILLA, que instruyó la denuncia penal por [el] delito[...] de FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO elevad[a] por IVÁN PEDRO TARUD MARÍA contra el BANCO DE BOGOTÁ, calificó de FALSO el título ejecutivo que el banco utilizó para sustentar el proceso ejecutivo al cual se pretendían vincular los bienes atacados en el proceso de Acción Pauliana".

d) En el curso de la alzada solicitó la práctica de pruebas y la suspensión del proceso por prejudicialidad penal.

2.1.9. La entidad bancaria accionada intentó "bloquear" a los aquí demandantes, como lo demuestra la petición que en 1992 le hizo a la Oficina de Planeación Municipal de Barranquilla, dirigida a que le certificara si aquéllos "habían presentado solicitud para obtener licencia de construcción 'recientemente'"; y el hecho de que a pesar de tener conocimiento de la falsedad del pagaré que adujo en la referida ejecución, reconoció, por intermedio del apoderado judicial que lo representó, en la audiencia que se practicó en el trámite de la apelación de la sentencia dictada en la acción pauliana, que las cuotas de participación que Tarud María tenía en la sociedad "Supermercado Extra Limitada" y que fueron embargadas en ese primer asunto, superaban la suma

de \$100.000.000.00, esto es, el valor del crédito objeto de cobro.

2.1.10. La mala fe con que actuó la entidad aquí demandada en el memorado proceso ordinario (acción pauliana) se desprende, con total claridad, de las diversas consideraciones de la sentencia de segunda instancia que el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil, dictó el 8 de marzo de 1993 en esa controversia, que se reprodujo en parte, por lo que es pertinente concluir que “la inscripción de la demanda (...) en los folios de las matrículas inmobiliarias de los inmuebles donde la sociedad comanditaria IVÁN TARUD S. EN C., (...), tenía proyectado construir las tres (3) torres -TEQUENDAMA I, II Y III-, hecho conocido plenamente por el BANCO DE BOGOTÁ”, así como la dilación del trámite de ese litigio, tuvo el propósito “de f r u s t r a r el proyecto arquitectónico y, de esta manera, doblegar la capacidad de lucha de los [allí] demandados”.

2.2. Hechos relacionados con “la **PÉRDIDA TOTAL DE LA OPORTUNIDAD** que tenía la sociedad comanditaria IVÁN TARUD S. EN C., (...), de construir las tres (3) torres de las que se trató en los hechos anteriores”.

2.2.1. La citada sociedad, desde cuando compró los inmuebles mencionados, tuvo el propósito de construir “las **TRES (3) TORRES -TEQUENDAMA I, II y III-**”.

2.2.2. Luego de quedar en firme el memorado fallo de segunda instancia, dicha persona jurídica "se dedicó a preparar y a actualizar los planos y la documentación" del proyecto.

2.2.3. El 24 de marzo de 1993 solicitó a la Oficina de Planeación Municipal de Barranquilla "la **REVISIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PLANOS** de la obra tipo comercial que pensaba ejecutar en los inmuebles mencionados (...)", que constaba de tres torres, cada una con "parqueaderos subterráneos, locales comerciales (...) y oficinas **en DIEZ PISOS DE ALTURA** a partir del nivel del suelo", para lo que aportó "todos los planos, fotocopias auténticas de la Escrituras Públicas, plano de localización, cuadros generales de área, plantas tipo, fachadas y corte de las mismas, en un total de **VEINTRÉS PLANOS**, que fueron radicados bajo el número RN-31".

2.2.4. Con misiva del 30 de junio siguiente, el Director de Planeación Municipal de Barranquilla respondió que "(...) 'la filial del Consejo de Monumentos Seccional Atlántico, en sesión efectuada el 15 de junio de 1993 y de acuerdo con lo consignado en el Acta N° 3 de dicha filial, **NO APROBÓ SU SOLICITUD POR LO QUE DEBERÁ SOMETERSE A LO ESTABLECIDO EN EL DECRETO 298/93...**' (...)", es decir, según voces de su artículo 6°, a que "(...) 'La altura máxima para las nuevas edificaciones, cuyos predios están listados en el artículo 4° de este Decreto, será el resultante de retomar la altura mayor de las edificaciones de

valor patrimonial contiguo. En el caso de no existir tales edificaciones en los predios vecinos, LOS NUEVOS INMUEBLES DEBERÁN PRESENTAR UNA ALTURA NO MAYOR DE 'CUATRO PISOS' (...)", previsión ésta que posteriormente fue ratificada por el Decreto 654 también de 1993.

2.2.5. "Se puede apreciar y comprobar el SEGUNDO DAÑO QUE POR CULPA ÚNICA DEL BANCO DE BOGOTÁ con su acción temeraria y de mala fe, con su acción dañosa y gravosa, además de dilatoria y a CONCIENCIA durante el proceso ordinario de Acción Pauliana contra IVÁN PEDRO TARUD MARÍA e IVÁN TARUD S. EN C., ITAR (...), por medio del cual trabaron y sacaron del comercio estos inmuebles ubicados en la Carrera 52 entre calles 74 y 75 donde se iba a desarrollar en los años 1987 y 1988 la construcción de las tres (3) torres llamadas TEQUENDAMA I, II y III, obras que desde ese momento -Noviembre 12/87- fueron FRUSTRADAS por CULPA del BANCO DE BOGOTÁ y seis (6) años después de vencido el demandante en SENTENCIA DEFINITIVA, éste LE IMPIDIÓ, LE FRUSTRÓ, AHORA SÍ EN FORMA TOTAL, LA REALIZACIÓN DE DICHO PROYECTO TEQUENDAMA I, II y III, AL NO PODERSE CONSTRUIR EDIFICIOS DE MÁS DE CUATRO (4) PISOS, CAUSÁNDOLE INMENSOS Y MULTIMILLONARIOS DAÑOS ECONÓMICOS A IVÁN TARUD S. EN C., ITAR (...)".

2.2.6. "Las ventas proyectadas generarían una utilidad neta de OCHOCIENTOS OCHENTA MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$880.648.698.00)" que, aplicados los intereses comerciales, con observancia de las limitaciones consagradas en el artículo 235 del Código Penal, se incrementó a la suma de \$20.725.178.792.00, conforme la liquidación explicitada en el libelo introductorio.

2.3. Hechos relacionados "CON LAS ACCIONES (...) QUE CAUSARON DAÑO[S] Y PERJUICIOS MORALES A LA PERSONA NATURAL DE IVÁN PEDRO TARUD MARÍA Y A IVÁN TARUD S. EN C. ITAR (...) POR CULPA DEL BANCO DE BOGOTÁ":

2.3.1. El pagaré que dio lugar al posterior ejercicio de la acción pauliana promovida por el Banco de Bogotá en contra de los aquí demandantes, fue "adulterado en cuanto a su cuantía y su fecha de emisión", como se estableció en las sentencias, de segunda instancia, que el 16 de enero de 1992 dictó el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, y de casación, que el 24 de agosto de 1993 emitió la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el correspondiente proceso, proveídos de los que se reprodujeron extensos apartes.

2.3.2. Luego de memorar que en los hechos de la demanda con la que se ejercitó la referida acción pauliana,

su gestor aseveró que el señor Tarud María "(...) 'se colocó en un estado grave de insolvencia económica que le impide pagar sus obligaciones"; y que el precio comercial de los bienes que fueron objeto de la venta celebrada por los aquí demandantes, cuya revocatoria se solicitó en la precitada controversia, "super[ó] los TREINTA MILLONES DE PESOS' (...)", los aquí accionantes pusieron de presente que el valor de los bienes embargados y secuestrados en el proceso ejecutivo promovido por el Banco de Bogotá, superaron en mucho el valor del crédito en ese asunto exigido, así:

a) Local comercial 2-223 del centro comercial "Gran Centro" de Barranquilla, avaluado en \$15.000.000.00.

b) La mercancía consistente en "Aguardiente Tapa Roja" de propiedad de Dislicores Ltda., estimada en \$28.069.499.00.

c) La participación de Iván Pedro Tarud María en la sociedad "Supermercado Extra Limitada", cuantificada en \$113.180.000.00.

d) Los bienes puestos a disposición por el Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla, avaluados en \$2.093.815.00.

2.3.3. Como de la afectación cautelar de esos bienes en el proceso ejecutivo tuvo conocimiento el Banco de Bogotá, la acción pauliana que promovió, desde su

formulación, "fue temeraria", en la medida que tuvo como "único fin" el de "causar daño", provocar "desequilibrio económico" y "hacer gravosa la situación de IVÁN PEDRO TARUD MARÍA", habida cuenta que no era cierto el estado de insolvencia que a él se le atribuyó, lo que se constató al acreditarse que en cabeza suya se encontraban "embargados bienes por valor de \$157.296.406.00 en el proceso ejecutivo con base en un documento apócrifo que contraía la suma fraudulenta de \$21.385.291.12".

2.3.4. Pese a la plena verificación por parte del aquí demandado de los hechos señalados precedentemente y de que en la sentencia de primera instancia con la que se desestimó la acción pauliana de que se trata se admitió, con total claridad, ese estado de cosas, el Banco apeló dicho fallo, impugnación que ratifica su "excesiva temeridad y mala fe", así como su "inten[c]ción, (...), de causar daño, como efectivamente lo causó", conforme lo señaló la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla al desatar la memorada alzada, según se infiere de los pasajes de ese pronunciamiento que se reprodujeron.

2.3.5. "El tratamiento por el BANCO DE BOGOTÁ de 'insolvente', 'de defraudador', para IVÁN PEDRO TARUD MARÍA y de 'cómplice de fraude' y de 'hacer traspasos fraudulentos' a la sociedad comanditaria IVÁN TARUD S. EN C., ITAR (...), han lesionado gravemente el BUEN NOMBRE COMERCIAL Y SOCIAL de que han gozado en la ciudad de Barranquilla", perjuicios que en cada caso

ascienden a la suma de \$1.000.000.000.00.

2.4. Finalmente se expusieron los "HECHOS RELACIONADOS CON EL RENDIMIENTO DEL DINERO (...)" que los actores debieron emplear para defenderse de las acciones que en su contra promovió el Banco de Bogotá y para constituirse como parte civil en el proceso penal que por falsedad documental y fraude procesal se adelantó contra empleados de ese establecimiento bancario, en los que se especificaron cada uno de los valores que por honorarios profesionales sufragaron y las cuentas para calcular los correspondientes intereses causados hasta el 30 de septiembre de 1994.

3. Admitida que fue la demanda por auto del 13 de octubre de 1994, según mención contenida en la audiencia de reconstrucción del expediente verificada el 13 de mayo de 2003 (fls. 283 y 284, cd. 27), se surtió su notificación personal y se corrió traslado de dicho escrito al banco accionado, a través de comisionado, en diligencia cumplida el 11 de enero de 1995 (fl. 72, cd. 3).

4. El Banco de Bogotá, por intermedio de apoderado judicial, al contestar la demanda, hizo oposición a sus pretensiones, se pronunció expresamente sobre cada uno de sus hechos y formuló las excepciones de fondo que denominó "PRETENSIONES EXTEMPORANEAS E IMPROCEDENTES (CADUCIDAD)"; "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA DE UNA SUPUESTA SOCIEDAD IVÁN

TARUD Y COMPAÑÍA S. EN C. ITAR LTDA. (sic); "INEXISTENCIA DE CULPA DEL BANCO DE BOGOTÁ Y DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LAS ACTUACIONES DEL BANCO Y LOS DAÑOS ALEGADOS POR LOS DEMANDANTES"; "INEXISTENCIA DE DAÑO"; "FUERZA MAYOR POR ACTO DE AUTORIDAD"; "BUENA FE DEL BANCO Y SUS FUNCIONARIOS"; "INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL"; "CULPA EXCLUSIVA DE LOS DEMANDANTES"; "INEXISTENCIA DE CAUSA PARA PEDIR POR LAS ACTUACIONES DENTRO DEL PROCESO EJECUTIVO"; "INEXISTENCIA DE CAUSA PARA PEDIR POR INEXISTENCIA DE FALSEDAD DEL PAGARÉ QUE SE COBRA EN EL EJECUTIVO"; "IMPROCEDENCIA DEL COBRO EN ESTE SEGUNDO PROCESO ORDINARIO DE LAS COSTAS POR EL PRIMER PROCESO ORDINARIO (ACCIÓN PAULIANA); "IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE GASTOS POR EL PROCESO PENAL QUE SE ADELANTÓ CONTRA FUNCIONARIOS DEL BANCO"; "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: COBRO DE LO NO DEBIDO"; y "PRESCRIPCIÓN" (fls. 18 a 64, cd. 3).

5. Agotada la tramitación de la instancia, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Descongestión para Fallos de Barranquilla, le puso fin con sentencia del 16 de diciembre de 1999, en la que declaró al Banco de Bogotá civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes "con motivo de la Acción Pauliana que adelantó en su contra"; lo condenó a pagarles, como

indemnización, “la suma de OCHOCIENTOS OCHENTA MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$880.648.698.00) los (sic) que deberán liquidarse a partir de diciembre de 1987 hasta cuando se efectúe su pago”; ordenó “dar aplicación a la ALTERNATIVA No. 1 presentada por los peritos contables, en su DICTAMEN PERICIAL ACLARATORIO de fecha abril 28 de 1997 (obstante a folio 433 del cuaderno No. 3) para efecto de la LIQUIDACIÓN DE INTERESES”; negó tanto el reconocimiento de perjuicios morales, como los patrimoniales relacionados con los “honorarios cancelados a profesionales del derecho” por parte de los actores; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por el demandado; y le impuso a éste la cancelación de las costas (fls. 379 a 413, cd. 8).

6. En virtud del recurso de apelación que la entidad accionada interpuso contra el comentado pronunciamiento, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil - Familia, mediante el suyo, fechado el 2 de junio de 2009, resolvió “REVOCAR los numerales primero, segundo, quinto y sexto” del fallo de primera instancia y, en defecto de ellos, optó por “[a]bsolver al Banco de Bogotá de la responsabilidad civil extracontractual”, así como “de todos los daños y perjuicios sufridos por IVÁN PEDRO TARUD MARÍA E IVÁN TARUD S. EN C. ITAR (...), con motivo de la acción pauliana que adelantó en su contra y del registro de la demanda que logró”. Por otra parte, confirmó los numerales tercero y cuarto de dicha determinación, condenó

en costas de la primera instancia a los demandantes y se abstuvo de hacerlo respecto de la segunda (fls. 870 a 890, cd. 28).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Luego de afirmar la satisfacción de los presupuestos procesales, el juzgador de segundo grado efectuó, delanteramente, las precisiones generales que pasan a compendiarse:

1.1. En relación con la responsabilidad civil, tras distinguir la contractual de la extracontractual, puntualizó que el caso *sub lite* se ubica en la segunda, reglada por el artículo 2341 del Código Civil; señaló y definió los elementos que la estructuran, esto es, la culpa, el daño y el nexo de causalidad; y destacó que era carga del actor su demostración.

1.2. Respecto del abuso del derecho, estimó que, en Colombia, la teoría en que se sustenta tuvo origen en la jurisprudencia emitida en la "segunda parte de la década de 1930"; que trascendió "el campo del derecho civil para ubicarse también en el ámbito comercial, administrativo e, inclu[so], hace parte ya de los derechos fundamentales del hombre"; que en torno de este instituto jurídico subsisten dos teorías: la subjetiva, que cimenta su ocurrencia en la "[i]ntención de causar perjuicio (*animus nocendi*)"; y la

objetiva, que radica su existencia en “un manifiesto ejercicio anormal o irregular de un derecho subjetivo o sea cuando se actúa de forma contraria a la función económico-social inherente a cada derecho subjetivo”.

1.3. Señaló que puede darse el abuso “en el ejercicio de litigar”, cuando se “actúa con temeridad o de mala fe”, como por ejemplo cuando se formula “denuncia temeraria” o “demanda civil infundada” o se pide “un embargo desproporcionado de los bienes del demandado”, sin desconocer, claro está, “que la interposición de acciones judiciales, no significa por sí sol[a] que se configure la teoría del abuso del derecho y consecuentemente que se produzca indemnización de perjuicios”.

1.4. En cuanto hace a la inscripción de la demanda puntualizó que se trata de “una cautela de tipo patrimonial que recae sobre los bienes sujetos a registro, ya sean muebles o inmuebles”; que “no impide la disponibilidad” de los mismos, por lo que “la negociación efectuada sobre estos es válida, pero los adquirentes quedan afectados como causahabientes de la parte demandada”; que tiene por fin “protege[r] al demandante en sus derechos eventuales o para la efectividad de una futura resolución judicial”; y que su eficacia es “negativa”, como quiera que en virtud de ella el tercero a quien se transfiera el dominio del respectivo bien, no puede alegar buena fe para sustraerse de los efectos de la sentencia estimatoria que se dicte en el correspondiente proceso en el que se haya adoptado dicha medida.

2. En relación con el caso sometido a su conocimiento, el Tribunal destacó, por una parte, que “[e]l primer presupuesto que debe demostrar el actor de la pretensión de responsabilidad civil por abuso del derecho es, precisamente, que el ejercicio de la acción pauliana y el registro de la inscripción de la (...) demanda se realiz[aron] de manera dolosa o culposa”; y, por otra, que los aquí accionantes en respaldo de tal requisito adujeron “cuatro argumentos: a) que el Banco de Bogotá conocía de la solvencia del demandante, por lo tanto el ejercicio de la acción pauliana [fue] abusiv[o]”; b) que el decreto y práctica de la medida de registro de la demanda fue un acto abusivo; c) que el ejercicio de la acción ejecutiva se inició con una ilicitud, cual fue la falsedad; [y] d) que las medidas cautelares en el proceso ejecutivo fueron excesivas”.

Pasó al estudio de cada una de esas circunstancias y sobre ellas observó:

2.1. En torno de la primera, estimó necesario que se hubiera demostrado que “el actor tenía certeza o por lo menos cierto temor respecto de la solvencia del deudor demandado en acción pauliana”, para el momento en el que ejercitó dicha acción.

Advirtió que “el hecho de existir un proceso ejecutivo entre las partes, unas ventas de bienes y la existencia de otros procesos ejecutivos, que buscaban la persecución de los bienes al demandado, hacen presumir un

real temor de insolvencia”.

En, contraste con lo anterior, puso de presente que “correspondía al demandante en responsabilidad, demostrar que la acción pauliana se efectuó a sabiendas de la solvencia presente del demandado, lo cual no se realiz[ó], porque la existencia de los embargos persistieron, el no pago de su deuda con el banco se mantuvo y no tenía por qué el banco, en ese momento procesal, tener certeza que contaba con otros bienes. Los hechos mostraban si no la insolvencia en sí misma, las circunstancias apuntaban o vislumbraban un temor a la insolvencia y ese temor es suficiente para legitimar el ejercicio del derecho y solicitar de la administración de justicia las medidas conservativas legalmente permitidas”.

Coligió, en definitiva, que “no se demostró ni dolo ni culpa en el Banco de Bogotá, en el momento del ejercicio de la acción pauliana; que es el momento en que debe establecerse el elemento doloso o abusivo de derecho, y no posteriormente a ello”.

2.2. Circunscrito al tema de la medida cautelar de registro de la demanda, el *ad quem* aseveró que, conforme “las circunstancias judiciales de los bienes, se concluye que efectivamente, ni judicial[...] ni materialmente, tal medida impid[ió] el desarrollo del plan de vivienda que tenía previsto la demandante” y que, “[e]s más, al relacionar las medidas de embargos anteriores a la inscripción y la persistencia de ellos luego de desanotada la inscripción,

quedaría demostrado que no fue tal cautela la generante del daño, sino otra causa, que incluso no fue el embargo”.

2.3. En lo tocante con la falsedad del pagaré que sirvió de base al proceso ejecutivo seguido entre las partes y que antecedió al ordinario contentivo de la acción pauliana, el sentenciador de segunda instancia puso de presente que la Sala de Casación Penal de esta Corporación casó el fallo condenatorio proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla y que la Corte “absolvió al sindicado por encontrar pruebas de que él fue ajeno a la liquidación del crédito y al llenado de los espacios en blanco del título” y porque “tampoco evidenció de que obrara dolosamente al ordenar la presentación de la demanda ejecutiva”.

Con tal fundamento concluyó que “no es sostenible la imputación de que la acción pauliana se ejerció de manera abusiva dado que el pagaré con [el] que se inició la acción ejecutiva era falso, ilícito, porque lo demostrado fue todo lo contrario. Y así lo [acredita] el que en segunda instancia fuera revocada la sentencia ejecutiva, disponiendo continuar la ejecución; la Corte en Sala Penal no juzgó punibles los hechos fundantes de la denuncia penal revocando la sentencia del Tribunal y en acción de tutela, como [en el] recurso de revisión, nada se admitió al respecto”, aserto este último que sustentó con transcripción parcial de la sentencia T-022 de 2005 de la Corte Constitucional.

2.4. Finalmente, respecto de los embargos y secuestros ordenados en el interior el mencionado proceso ejecutivo, el *ad quem* señaló que las medidas cautelares “son subsidiarias” a la pretensión de pago y que, por lo tanto, “están a su servicio”, de lo que infirió que “si existía y existe presupuesto plausible para el ejercicio de [la] acción compulsiva, no es, en principio, criticable” la petición dirigida a su decreto.

Agregó que “la solicitud de cautela[s] no genera, per se, una actitud dolosa”, menos cuando son diversos los créditos cuya satisfacción se pretende ejecutivamente; que la circunstancia de excederse el acreedor en la persecución de los bienes del deudor “no presupone dolo o culpa, sino que para ello debe demostrarse que [aqué]l asum[ió] una actitud de resistencia a la solicitud de reducción”; que el Código de Procedimiento Civil “brinda los mecanismos idóneos para obtener [la] limitación de cautelas”; y que, por consiguiente, “aún probada la existencia de exceso de medidas cautelares, de ese hecho, per se, no se deduce conducta abusiva o dolosa, porque la licitud inicial no ha sido desvirtuada en el presente proceso de responsabilidad”.

2.5. Así las cosas, el Tribunal concluyó “que el primer presupuesto de la prosperidad de la pretensión reparatoria, que es la existencia del ejercicio abusivo del derecho, no se encuentra probado”.

3. No obstante lo anterior, el sentenciador

de segunda instancia continuó con el estudio del elemento "daño" y sobre él observó:

3.1. El daño indemnizable debe ser cierto, lo que no acontece "si las consecuencias del hecho dañoso no existen realmente o no son lógicas, necesarias, sino simplemente posibles, contingentes o hipotéticas".

3.2. "(...) quedó plenamente probado, y aún admitido por la parte actora, que el proyecto aprobado el 18 de junio de 1984 lo conforman 2 edificaciones de 4 pisos cada una [a] A.P. 63; anteproyecto que no incluye la modificación posterior, esto es, proyección a diez pisos (A.P. 116), y menos las tres torres [de] diez pisos cada una (proyecto TEQUENDAMA I, II, III)".

3.3. El perjuicio cuya reparación se reclamó en la demanda no es admisible, "puesto que obedece más a una expectativa, que pueda que haya sido factible en su época, pero que no satisface el concepto de certeza; habida cuenta que no podemos afirmar que necesariamente este proyecto llevaría consigo una aprobación necesaria e inmediata por parte de la autoridad respectiva, es decir, que no es una consecuencia que necesariamente se produciría (hipótesis)".

3.4. La presunta ampliación del proyecto original, consistente en la construcción de tres edificios, constituyó una mera "expectativa, que sólo se encuentra en

la esfera volitiva de la parte actora, que puede que tal plan de gestión haya tenido un alto grado de probabilidad, pero no de certeza”.

3.5. Según se desprende del dictamen pericial presentado por los señores Javier Juviano y Samy Segerbe Habibe, “la aprobación provisional no daba lugar a construir, puesto que tenía una vigencia de 6 meses; lo que nos lleva a concluir que la construcción cuya proyección son 4 pisos, A. P. 63, era el único que estaba autorizado o aprobado en cierta medida”.

3.6. En lo que hace referencia a los dineros que la sociedad actora sufragó por concepto de honorarios profesionales a los distintos abogados que la representaron en los procesos que se adelantaron en su contra, no procede aceptarlos como perjuicio indemnizable, como quiera que “fue un asunto propio de dichos procesos” y “no es dable revivir un asunto concluido”.

3.7. “(...) tampoco se probaron los daños morales, razón por la cual el juez a quo declaró improcedente[s] tales rubros, traducido todo en [los] numeral[es] tercero y cuarto de la providencia objeto de esta apelación, posición que esta Sala mantendrá”.

4. Se ocupó también del “nexo de causalidad”, elemento sobre el que el *ad quem* expuso:

4.1. Se trata de "la relación o vínculo que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño", la que está sometida a "la tesis de la equivalencia de las causas, en virtud de la cual se hace responsable a todo aquel que haya ejecutado un hecho o conducta que tenga influencia en el resultado, pero no como simple condición sino que alcance la categoría de causa. Esto significa que todo aquel que concorra con alguna causa importante en el resultado, es responsable civilmente".

4.2. Los actores admitieron que el proyecto arquitectónico en cuestión, "no se pudo construir en virtud de la prohibición que estableció el gobierno en [la] importación de ascensores, argumento que no se acepta, teniendo en cuenta que la edificación aprobada era para 4 pisos (A.P. 63)".

4.3. La referida prohibición corresponde a un "acto de autoridad" que se ubica dentro del concepto de "fuerza mayor o caso fortuito", por lo que, "si bien era factible la construcción de 10 pisos, como lo sost[uvo] el demandante y lo corrobora[ro]n los peritos arquitectos, la causa por la que no se llevó a cabo fue por un acto de autoridad, daño que bajo ninguna circunstancia está en el deber de asumir el demandado, teniendo en cuenta que la fuerza mayor y caso fortuito rompe el llamado nexo de causalidad; además si partimos estrictamente que el proyecto aprobado corresponde al A.P. 63, menos tiene relevancia tal hecho, debido a que para una edificación de 4 pisos, los ascensores

no son un requisito sine qua non”.

4.4. La negativa que en relación con el indicado proyecto emitió el 30 de junio de 1993 la Oficina de Planeación Municipal de Barranquilla, “reflejó la imposibilidad de construcción superior a cuatro pisos, la cual no puede tomarse como una consecuencia del registro de la demanda, como antes se advirtió, pues era un factor que (...) debió preverse en su oportunidad; no hay prueba de que durante la vigencia de tal medida (registro de la demanda), se agotara el procedimiento requerido para llevar a cabo tal proyecto, pues no se puede pretender que las condiciones circunstanciales y legales queden suspendidas en el tiempo. Inclusive las negociaciones referidas a los (...) inmuebles ubicados en la carrera 52 No. 74-89[,] 74-125 y 74-107, así se expresa en el punto 1.9. de los hechos de la demanda (F. 128 del C. T.), fue un riesgo que quisieron asumir, pues tal accionar fue motivado por ‘un rumor’ de que el Gobierno Nacional liberaría las importaciones de ascensores atendiendo presiones del gremio de [la] construcción del país”.

4.5. La misma parte demandante adujo que “la no presentación de la documentación pertinente para la aprobación del proyecto, fue debido a que sus propios asesores le aconsejaron que se abstuviera de tal trámite”, eventualidad que traduce que “fueron ellos quienes consideraron que el registro de la demanda tendría como consecuencia el rechazo del permiso de construcción, no

existiendo pronunciamiento alguno de autoridad correspondiente al respecto", sin que, por otra parte, pueda perderse de vista que la mencionada medida cautelar "no implica sacar del comercio los bienes afectados (...) y entraña un menor gravamen para los derechos del demandado que no ha sido vencido en juicio".

4.6. "En resumen, la supuesta causa de no construcción atiende a hipótesis sostenidas por los mismos asesores del demandado (sic), corroborado en l[os] punto[s] 1.17 y 1.18 de la demanda (F. 130 del C.T.), es decir, apreciaciones de la parte actora, y no a hechos concretos; para lo cual concluimos que el registro de la demanda no fue determinante en la producción del daño, como lo alega el demandante. Las hipótesis no generan consecuencias, es decir, no se probó el nexo de causalidad".

5. Al final, el Tribunal estimó que "de conformidad con lo previamente expuesto, estaban llamadas a prosperar las excepciones de INEXISTENCIA DE CULPA DEL BANCO DE BOGOTÁ Y DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LAS RELACIONES DEL BANCO Y LOS DAÑOS ALEGADOS POR LOS DEMANDANTES" e "INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL", que son "suficientes (...) para demostrar la no prosperidad de ninguna de las pretensiones de la demanda, razón por l[a] que no se enunciarán las demás, pues resulta innecesario".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

1. Con respaldo en la causal primera de casación, el recurrente denunció la violación directa e indirecta de los artículos 1602, 1613, 1614, 1615, 2341, 2488 y 2491 del Código Civil.

2. Preliminarmente, el censor descartó que la proposición en el interior del cargo de las dos modalidades de vulneración de la ley sustancial -directa e indirecta-, desconozca la técnica que gobierna el recurso extraordinario de casación, como quiera que, en su concepto, el *ad quem* soportó su fallo, por igual, en argumentos jurídicos y fácticos que, por ende, estaba obligado a combatir aparejadamente, so pena, en caso de que hubiese separado tales acusaciones, que las así formuladas, independientemente consideradas, se tuvieran como incompletas y, en consecuencia, defectuosas, planteamiento que sustentó con un fallo de esta Corporación.

3. Seguidamente imputó al Tribunal los yerros que a continuación se compendian:

3.1. Violación directa del artículo 2491 del Código Civil.

3.1.1. Luego de señalar que el *ad quem* sostuvo que “la acción pauliana procede ante el mero hecho de que el acreedor tema una insolvencia de su deudor”, el impugnante

destacó que como éste “conserva la libre disposición de sus bienes” y el conjunto de ellos que integren o lleguen a conformar su patrimonio, son “prenda de garantía” de todos los créditos a su cargo, tiene el deber “de no traicionar la confianza del acreedor”, quien, a su turno, no puede “interferir” en las actuaciones y negocios de aquél.

3.1.2. Con tal base precisó que si el deudor abusa en la administración de su patrimonio y los actos que realiza provocan o incrementan su insolvencia, la operación respectiva puede ser cuestionada por el acreedor, siempre y cuando el crédito de que sea titular, anteceda al negocio que controvierte; y que quienes la celebran, de ser onerosa, actúen en “consilium fraudis”, porque si es gratuita, basta con que aquél “haya obrado con fraude”.

3.1.3. Así las cosas, el recurrente puso de presente que en tratándose de la acción pauliana, “el detonante de todo es la insolvencia” o, con otras palabras, que el contrato cuya revocatoria se solicite sea el motivo “de la situación ruinoso del deudor; ya porque con clara causalidad generó la insolvencia en que no se hallaba antes del contrato, ora por cuanto sin suscitarla propiamente, lo que hizo fue empeorarla”.

3.1.4. Añadió que “la insolvencia se caracteriza porque el deudor está incapacitado económicamente para satisfacer el interés de su acreedor”, debido a que “en su patrimonio el activo es inferior al pasivo que soporta” y que,

por lo tanto, su ocurrencia "tiene que ser un hecho cumplido y consumado", ya que si no fuera así, sería "imposible predicar que un acreedor está perjudicado" o, lo que es lo mismo, que "mientras el activo supere el pasivo del deudor, el acreedor carece de interés para dolerse".

3.1.5. Estimó que, "[e]n rigor, la insolvencia que no haya llegado, no es tal"; que "en estas materias el empobrecimiento del deudor ha de ser algo esplendente y rechaza por ende todo atisbo de duda"; que "no hay sitio para las insolvencias más o menos reales", ni para las "imaginadas, supuestas, columbradas, conjeturadas" o "insinuadas"; que "[n]i siquiera las inminentes tienen virtualidad a ese propósito"; y que además de ser real y verdadera, la insolvencia del deudor debe ser "actual y contemporánea con la demanda pauliana", pues su promotor, en ese preciso momento, "debe estar perjudicado con el acto o contrato que celebró el obligado", como quiera que si, "como está dicho, el perjuicio enfunde directamente de la insolvencia del deudor, es apodíctico que asimismo la insolvencia pretérita o futura care[zca] de relevancia para dichos efectos", en la medida que "por mal que haya estado el deudor en el pasado, si ya no lo está, jamás podrá tener hoy perjudicado al acreedor; ni que agregar con relación a la eventual que llegare a presentarse con posterioridad al juicio, respecto de lo cual, bien vale decirlo, nadie podría asegurar, libre de duda, que la insolvencia futura estará signada por el fraude".

3.1.6. Con apoyo en los anteriores

planteamientos, el impugnante reprochó al Tribunal la tesis jurídica que predicó al respecto, la que solicitó sea “rechazada con energía por todo lo nefasto que ella encarna”, como quiera que contradice “el principio secular res inter alios acta, pues se muestra bastante permisiv[a] con la intromisión del acreedor en la esfera jurídica del deudor”, lo que solo es viable en eventos que “lo amerite[n], como lo es por cierto el del acreedor ‘perjudicado’ (...)”.

3.1.7. Puntualizó que el criterio sostenido por el *ad quem* “hiere mayormente el artículo 2491 del código civil, cuyo verdadero entendimiento, según lo tiene establecido a una voz la doctrina y la jurisprudencia, es el de que la legitimación le asiste únicamente al acreedor actualmente perjudicado por una bien establecida y existente insolvencia del deudor”, interpretación que, en asocio con otras consideraciones, fue la que condujo al sentenciador de segunda instancia a precisar que “la acción pauliana que el Banco de Bogotá ejerció contra Iván Tarud y la sociedad Itar Ltda. (sic) no tenía nada de abusiva”.

3.2. Error de hecho en la apreciación de las pruebas que acreditan la falsedad de “la fecha de emisión y la cuantía” del título valor en que se fundó la ejecución que el banco aquí demandado adelantó contra Iván Tarud María y las sociedades Dislicores Limitada e Incolsa Limitada, que se sustentó en los siguientes desatinos:

3.2.1. Desconocimiento del informe CR1-445-89

del 17 de junio de 1989, rendido por el Contralor Regional I del Banco, militante a folios 124 y 125 del cuaderno No. 6, en el que dio cuenta "de las irregularidades, inexactitudes e imprecisiones que revela la liquidación del sobregiro a Dislicores Ltda., mismo que diera lugar a que se llenara indebidamente el pagaré objeto del ejecutivo adelantado por el Banco contra Tarud", documento que reprodujo.

3.2.2. No haber apreciado el *ad quem* que la jurisdicción penal comprobó la falsedad del correspondiente instrumento cambiario, razón por la que el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, pronunció sentencia condenatoria, con base en el dictamen presentado por el Jefe de la División Financiera de la Contraloría Departamental, como perito contador; la certificación que el propio sindicato Iván Riveira emitió el 6 de julio de 1989, sobre "la carencia por parte del Banco de título ejecutivo"; y en la que se acreditó, respecto de la fecha, "que 'fue hábilmente intercalada' en un lugar que no estaba destinado para tal fin", espacio que, por lo tanto, "no podía considerarse en blanco" y que "mal podía ser llenado como se hizo".

3.2.3. Alteración del verdadero sentido y alcance de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en el proceso penal que se siguió por la adulteración del referido pagaré, en tanto que en ella no se desvirtuó la ilicitud de dicho título, como se infiere de los apartes de ese pronunciamiento que reprodujo, habida cuenta que lo que resolvió, fue que el sindicato no cometió el delito.

3.3. Error de hecho por preterición de las restantes pruebas con las que, en concepto del censor, se acreditó el comportamiento temerario del Banco en el ejercicio de la acción de cobro:

3.3.1. Delanteramente, el impugnante destacó tres circunstancias específicas:

a) Las numerosas cautelas solicitadas en el proceso ejecutivo que se tramitó entre las partes: "cuentas bancarias de Iván y las sociedades; local comercial distinguido con el número 2-223 del Gran Centro; cuotas de interés social; remanentes de dos (2) procesos; aguardiente depositado en Almaviva; seis automotores".

b) Que todas fueron decretadas mediante auto del 30 de junio de 1987, obrante a folio 6 del cuaderno No. 2.

c) Y que, "según los peritos del juicio pauliano, lo embargado tenía un valor *diez veces mayor* que el crédito cobrado".

3.3.2. En ese orden de ideas observó, por una parte, que no obstante que la entidad aquí demandada sabía que actuaba con base en un "supuesto pagaré" e igualmente conocía las abundantes medidas cautelares en precedencia relacionadas, promovió la acción pauliana y, en el interior de

ella, solicitó la inscripción de la demanda"; y, por otra, que consiguientemente, el banco "inventó lo de la insolvencia de Iván Tarud".

3.3.3. Se apartó de la forma como el accionado manejó la situación, esto es, como si hubiese "simplemente perdi[do] un pleito", toda vez que consideró que su comportamiento fue "malevolente", en tanto que, en contravía de la realidad, "afirmó la insolvencia del deudor"; "torpedeó y dilató el proceso formulando objeciones y recursos infundados, denostó de los peritos, alegó planteamientos insólitos, etc."; y fuera de eso, tenía plena conciencia "de la mercancía que a su favor tenía pignorada en Almaviva", circunstancia que, en criterio del censor, "le veda todo pretexto".

3.3.4. Para el casacionista, "[a]nte la evidencia, el Banco no pudo sino admitir después que en rigor no hubo la insolvencia que con énfasis anunció en su demanda pauliana" y que, por ello, "[c]omo exculpación, dio en agregar que simplemente había experimentado temor de una eventual insolvencia", tesis que "en la sentencia objeto de casación, el tribunal prohijó", cuando sostuvo que "basta el temor de la insolvencia para increpar al deudor en acción pauliana".

3.3.5. Añadió el impugnante que el *ad quem*, si bien apreció que "la acción pauliana se adelantó a pesar de que en el proceso ejecutivo *'se logró vincular bienes del demandado en demasías'*", estimó "que tal circunstancia no

revela dolo o culpa; y que dolo o culpa habría si el ejecutante se hubiere resistido a una solicitud de reducción de embargos", postura que calificó de "bastante peligrosa", toda vez que entraña que el proceder descuidado del ejecutante al "solicitar cuanto embargo se le ocurra", "no merece reproche" si el ejecutado no se queja y, específicamente, solicita "reducción de embargos", salvo que aquél se oponga a dicha petición, es decir, que "[e]l fundamento de la responsabilidad en tal caso estaría, no en el actuar liviano e imprudente del ejecutante", sino en la oposición a la queja del deudor, planteamiento que, por una parte, desconoce "uno de los principios rectores de proceso ejecutivo, cual es que al deudor se le cause el menor sacrificio posible" y, por otra, "fomenta el criterio de que es lícito herir con tal de que luego el ejecutante acceda a la reducción de embargos".

3.3.6. El censor, al cierre de este segmento del cargo, señaló que la conclusión del Tribunal de que la conducta del banco no fue dolosa, ni siquiera culposa, obedeció a que "pretermitió toda la secuencia procesal que tanto del proceso ejecutivo como del pauliano quedó relatad[a] atrás; esto es, que cometió gravísimos errores de hecho al no ver todas y cada una de aquellas probanzas, que una a una fueron detalladas en párrafos anteriores. (...). El resultado desastroso de todo ello, es que el banco logró el siniestro cometido que lo inspiraba: bloqueó a los demandantes durante todo el tiempo de la inscripción de la demanda que se prolongó desde el 23 de diciembre de 1987 hasta el 9 de noviembre de 1993 (folio 7, cuaderno 22)".

3.4. Error de hecho al descartar la comprobación del daño.

3.4.1. Estimó el recurrente que, pese a que el Tribunal, en relación con el perjuicio derivado de la imposibilidad de desarrollar el proyecto denominado Tequendama I, II y III, consideró "que no satisface el requisito de certeza", lo "verdaderamente relevante" fue que a continuación dicha autoridad apuntó "que de veras había algo más que una expectativa, como que apuntó: (...) *'puede que tal plan de gestión haya tenido un alto grado de probabilidad, pero no de certeza'* (...)".

3.4.2. Con ese entendimiento, adujo que, por consiguiente, "no cabe imaginar cómo fue el tribunal a dar en la ausencia de daño", porque "sin entrar en tantas disquisiciones, cuando un proyecto económico tiene bastante probabilidad de realización, significa que dentro de una marcha natural de las cosas, acabaría convirtiéndose en realidad; por lo tanto, si resulta truncado por la acción de otro, eso debiera bastar para establecer la responsabilidad civil. Traduce todo que el tribunal se desentendió de desgajar la necesaria consecuencia de que el proyecto de construcción de marras, reunía las condiciones objetivas para que efectivamente se cristalizara".

3.4.3. En armonía con lo precedentemente expuesto, afirmó que "[c]uando el tribunal convino en que el proyecto de Iván Tarud y de la sociedad ITAR (...) gozaba de

un alto grado de probabilidad, ha debido, desde luego si quería ser coherente, terminar en la condena indemnizatoria que se pidió en la demanda". El que no haya sido así, se debió a que "dejó de ver en concreto que el proyecto referenciado reunía circunstancialmente todas las condiciones para ser llevado a la realidad, y que esas particulares connotaciones descartaban que fuera una mera expectativa, o que se tratase de daños apenas eventuales o hipotéticos. En otras palabras, al conjunto de connotaciones del citado proyecto, no le[s] atribuyó lo que objetivamente (...) representa[ban] y significa[ban], alterando la realidad material de las cosas".

3.4.4. Trajo a colación, además, que "el sentenciador dio en añadir que el proyecto inicial, el de los cuatro pisos, [fue] el único que había obtenido aprobación. Y si bien agregó que autorizado estaba 'en cierta medida', ¿qué quiso dar a entender con ello? ¿Acaso que por contar con licencia, así fuera provisional, la situación era distinta de aquel otro proyecto? ¿Y si era distinta, cómo es que no profirió sentencia indemnizatoria, en relación con ese específico daño? Es imposible establecer el sentido de ese discurrir. Ni por modo es acertado pensar que por ser un daño inferior, el tribunal sea del criterio que en casos así la solución es absolver al demandado y no dictar la sentencia correspondiente, sin saberse entonces a qué cesto ech[ó] el inciso tercero del artículo 305 del código de procedimiento civil, que, como es conocido, autoriza la sentencia infra petita".

3.5. Errores fácticos relacionados con la

inexistencia del nexo causal, que predicó el Tribunal.

3.5.1. Con fundamento en que el *ad quem* aseguró, por una parte, que “el proyecto inicial, el de los cuatro pisos, no se realizó por la imposibilidad de conseguir ascensores, ante la prohibición legal de entonces”, y, por otra, que ese “es un daño que no sería atribuible al demandado”, por provenir de “un acto de autoridad”, el casacionista memoró que dicha prohibición fue temporal y que luego de levantada, “se reactivó la idea de construir en dichos lotes y al hacerse las gestiones pertinentes, se encontró que sobre tales inmuebles había sido inscrita una demanda ordinaria”, la de la acción pauliana, cautela que “aborta todo proyecto de construcción”, como quiera que “en tales condiciones construir ya no se debe, porque como se verá en seguida [ella] arruina toda posibilidad de éxito”.

“No haber visto -siguió diciendo el recurrente- estas circunstancias de hecho, entre otras, que la idea de construir siguió en pie luego de aquella interrupción (lo acreditan, entre otras cosas, los diversos planos de 1987, tales por ejemplo los que figuran a folios 153, 154, 165 del cuaderno 6), y señaladamente la consistente en que los certificados de registro de instrumentos públicos reflejaban a la sazón una inscripción de la demanda (folios 25 y 27 del cuaderno 6), es haber caído el tribunal en estridentes errores de hecho, a consecuencia de los cuales absolvió al banco demandado”.

3.5.2. Criticó la afirmación del sentenciador de segunda instancia consistente en que una edificación de cuatro pisos no necesita ascensores, que el censor tildó de "pésima especulación", más cuando "ninguna explicación ni fundamentación [se dio] para apuntalar ese aserto", pues el "criterio de autoridad carece de legitimación para que los jueces zanjen los litigios", toda vez que sus "opiniones" o "creencias" deben "desecharse sin más, si ya no es que constituyen máximas de la experiencia".

3.5.3. Se ocupó luego de la premisa expuesta por el *ad quem*, relativa a que "si para el año 1993 no se permitían en el sector edificaciones de diez pisos, ello no fue consecuencia del '*registro de la demanda*', dizque porque se trata de una cuestión que debió preverse", planteamiento que, en criterio del impugnante, deja al descubierto el indebido concepto que en cuanto a lo previsible aplicó dicha autoridad, al punto que el "terremoto, la avenida y el rayo, que son cuestiones que normalmente escapan a toda previsión humana, no constituirían causa extraña a los ojos del Tribunal de Barranquilla, no más porque jamás podría descartarse la posibilidad de que sobrevengan", por lo que le reprochó haber exigido "la previsión de leyes, decretos y reglamentos", puesto que ese hecho escapa al "ser humano común y ordinario", sin que, por lo tanto, los aquí demandantes hubiesen podido precaver la reglamentación que prohibió la construcción de edificaciones de diez pisos en el sector donde se encuentran ubicados los lotes en los que pensaba levantarse el proyecto de que aquí se trata.

3.5.4. Le imputó al Tribunal la comisión de nuevos errores de hecho, por no haberse fijado en todas las circunstancias que servían para establecer el nexo de causalidad que echó de menos, que son consecuencia de la preterición de las pruebas que las acreditaron, como pasa a relacionarse:

a) Los actores "no son personas que a la hora de nona quieran mostrarse como constructores", según se desprende de las siguientes circunstancias:

- La construcción del edificio "CYPRESSES", ubicado en la calle 91 No. 53-250 de Barranquilla, "en el que incluso a pesar de no tener más que cuatro pisos" se instalaron ascensores, "según se ve en el folio 304 del cuaderno 5", "[c]onstrucción de Incolsa Ltda., sociedad constituida por escritura pública 1452 de 9 de diciembre de 1985 (folio 28, cuaderno 24), en la que también participa Iván Tarud".

- La realización en la zona turística de Santa Marta, urbanización "Bello Horizonte", lote 52, del conjunto vacacional "Jardines del Mar", con licencia No. 073, "lo cual se ve al folio 314 del mismo cuaderno y los planos vistos a folios 315 a 345".

- Que el objeto de la sociedad Iván Tarud y Cía. S. en C. es, precisamente, la construcción, como se

constató en la inspección judicial practicada sobre la cuenta corriente que ella tiene en el Banco Tequendama (folio 56, cuaderno No. 1).

b) La totalidad de los actos que los demandantes ejecutaron para efectos de la realización del proyecto arquitectónico sobre el que versa este litigio, así:

- La adquisición de los lotes donde iba a levantarse el mismo.

- La elaboración de los "planos por arquitectos, dibujos de Isabel Salcedo (folios 138, 139, etc., cuaderno 6), de fecha 8 de octubre de 1984".

- La "aprobación provisional de 18 de mayo de 1984, acorde con plano visible a folio 179".

- Los "planos de tres años después, marzo de 1987, folios 153, 154, 162, 163 (éste de enero de 1993), 165 (octubre de 1987), y otros más que están a folios 180 a 198 del mismo cuaderno".

- Los planos de septiembre de 1984, que obran del folio 205 al 207, suscritos por el arquitecto Oswaldo Borrero G., con matrícula 11206 del Atlántico, "y así hasta el folio 218".

- Las gestiones de que dan cuenta los

documentos militantes a folios 98, 114 y 115 del cuaderno No. 6, "en el último de los cuales aparece el sello de Planeación que dice 'usos permitidos: comercio y vivienda', con índices de construcción".

- Las "cotizaciones en punto de ascensores" y el contrato para su adquisición e instalación (fls. 75 a 83, cd. 6).

3.5.5. Añadió que "la reiniciación del proyecto tuvo ocurrencia antes de [la] inscripción" de la demanda, "según dan cuenta, verbigracia, los planos de marzo de 1987 ya referidos, al paso que la medida cautelar data de diciembre de esa anualidad".

Y descartó que "poco o nada podría incidir el eventual acto de autoridad o la fuerza mayor en que se fincó el tribunal en un momento dado".

3.5.6. Tras advertir que la cautela en mención "perduró casi un quinquenio", por la actitud dilatoria del proceso que asumió el banco, el casacionista observó que "[l]evantadas que fueron las medidas, perseverantes Iván y la sociedad, tornaron a la carga, y fue así como en el mes de marzo de 1993, enviaron misiva a Planeación (...), solicitando 'LA REVISIÓN de los planos de la obra de tipo COMERCIAL y que se piensa ejecutar en las siguientes direcciones...' (folio 188 del cuaderno 6), pero al contestárseles fueron enterados de que no era posible construir en el sector edificaciones de

diez pisos, que era lo deseado acorde con planos elaborados años atrás”.

3.5.7. Sobre la base de que la secuencia de hechos relatada es “señal inequívoca de que la construcción no era fábula” sino un propósito “firme” de los actores, quienes “jamás desfalleci[eron] pese a los inconvenientes anotados”, el impugnante, por una parte, excluyó que la no realización del proyecto hubiese teniendo causa en sus promotores y, por otra, la atribuyó al hecho de que se hubiera registrado la demanda del proceso pauliano, conclusión que el Tribunal ignoró debido a “los deslumbrantes yerros fácticos que vienen de mencionarse, respecto de todas y cada una de las probanzas (...) relacionadas”.

3.5.8. Y en cuanto al reproche que el Tribunal hizo a los demandantes “en el sentido de que *‘no hay prueba de que durante la vigencia de tal medida (registro de la demanda), se agotara el procedimiento requerido para llevar a cabo tal proyecto’*”, destacó su falta de *sindéresis* e indicó que tal planteamiento denota, de un lado, que esa autoridad “ignora lo que es tal medida cautelar” y, de otro, que “para el tribunal de Barranquilla, la situación de un inmueble no se altera porque tenga registrada una demanda”, error jurídico que pasó a denunciar.

3.6. Violación directa de los artículos 17 del Código Civil y 690 del Código de Procedimiento Civil, habida cuenta que el *ad quem* desconoció “el significado, alcance y

efectos de la inscripción de la demanda como medida cautelar".

3.6.1. Con pie de apoyo en los citados preceptos, el censor expuso que es excepción al principio de "la relatividad de los fallos judiciales" la medida cautelar de inscripción de la demanda en los procesos ordinarios, como quiera que el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil establece que quien adquiera el bien sobre el que pesa dicha cautela, "estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo a lo previsto en el artículo 332. Si sobre aquéllos se constituyen gravámenes reales o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los titulares de los derechos correspondientes".

3.6.2. En opinión del recurrente, "hoy por hoy hay pronunciamientos de jueces que rebasan los linderos subjetivos del proceso, porque entonces las sentencias que se dicten en aquellas condiciones alcanzan aun a los terceros, quienes no fueron parte en el proceso. (...). Siendo así, cabe decir que la inscripción de la demanda pesa como plomo, y lejos de ser aderezo para los inmuebles, causa en cierto sentido su fallecimiento comercial". Es que, añadió, los efectos de la cautela "no desaparecen con sólo decir y saber que los bienes, pese a la medida, continúan en el comercio; el caso es que la circulación que aún conservan es bastante precaria y bamboleante".

3.6.3. En tal orden de ideas, estimó que fue

errada la consideración del Tribunal consistente en que "no fue el registro de la demanda lo que truncó el proyecto, y que más se debió a que los demandantes fueron malaconsejados en cuanto a que no continuasen con la obra. Con que hubiera conocido siquiera ese demoledor efecto de la inscripción de la demanda, no habría hablado con tanta desdicha, y acaso estuviéramos ante un resultado distinto de la litis. La razón lo abandonó".

3.6.4. Al final, solicitó a la Corte que "en su misión de guiar y unificar la jurisprudencia nacional, aclare al tribunal de Barranquilla, y a otros que pudiera estar así de equivocados, la genuina inteligencia de esa medida cautelar. Porque lo que dijeron los magistrados en la sentencia impugnada, viene a confirmar la poca ilustración que existe en el punto: en efecto ya es opinión que todo acaba con simplemente repetir y recitar que la inscripción de la demanda 'no saca los bienes del comercio'", prédica que constituye "una visión recortada del asunto".

4. Como compendio y para evidenciar la trascendencia de los yerros imputados al Tribunal, el recurrente señaló que "[s]in esos traspiés, el tribunal habría interpretado correctamente el significado jurídico de la acción pauliana y jamás hubiera plasmado que para su ejercicio basta que el acreedor tema la insolvencia, e igualmente hubiera tenido plena conciencia de los efectos jurídicos de la inscripción de la demanda; de contera, no estaríamos hoy lamentando la grosera infracción que derechamente propinó a

los artículos 2488 y 2491 del código civil, y también a los números 17 del mismo código y 690 del de procedimiento civil; y si, además, hubiese apreciado de modo correcto todo lo que probatoriamente obra en este largor procesal, nunca hubiera dicho que el obrar del Banco fue lícito, no habría echado en falta el daño y el nexo de causalidad. Por el contrario, perfectamente se habría enterado de la responsabilidad civil en que incurrió el Banco de Bogotá, y estaríamos ante una sentencia estimatoria. El no haber acogido las pretensiones, vulneró, por causa de ese manejo de desaciertos, los artículos 2341 y las demás normas citadas en el cargo, que mandan en tal caso resarcir el perjuicio irrogado”.

CONSIDERACIONES

I. Observación Preliminar. Falta de interés por parte del demandante señor Iván Pedro Tarud María.

1. En la demanda con la que se dio inicio al proceso, en punto del resarcimiento del daño reclamado, se solicitó “[a] favor de IVÁN PEDRO TARUD MARÍA, como persona natural, la suma de MIL MILLONES DE PESOS M/L (\$1.000.000.000.00) como indemnización de LOS PERJUICIOS MORALES ocasionados con el lesionamiento a su buen nombre y prestigio comercial y social que tenía en la ciudad de Barranquilla”.

2. Esa específica pretensión fue negada en

el punto 3º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que profirió el 16 de diciembre de 1999 el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Descongestión para Fallos de Barranquilla (fls. 379 a 413, cd. 8), proveído contra el que únicamente el banco demandado interpuso recurso de apelación (escrito de folio 415 del mismo cuaderno), alzada que, por consiguiente, se concedió solamente respecto de la entidad accionada (auto de 1º de febrero de 2000, fl. 416 *ib.*).

3. Siendo ello así, es claro, entonces, que el fallo completamente desestimatorio de la acción, emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil - Familia, no alteró en nada esa determinación.

4. Ahora bien, como se desprende del compendió que del único cargo introducido en casación se dejó atrás consignado, la impugnación extraordinaria busca el derrumbamiento del fallo del *ad quem* para que, en definitiva, se impongan al banco, sin distinguos, las condenas pedidas en el libelo introductorio, por lo que es pertinente deducir la falta de interés del citado actor en la formulación de dicha acusación, toda vez que si se dispusiera el quiebre de la sentencia del Tribunal, la Corte, en sede de segunda instancia, no podría modificar la negativa mencionada, debido a que, como viene de observarse, el señor Tarud María no la apeló.

5. Precisamente, para negar la prosperidad de dos cargos propuestos en casación a la luz de las causales

cuarta y quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la Sala precisó que “[e]n relación con todos y cada uno de los motivos” previstos en esa norma, “la Corte tiene establecido que ‘es requisito indispensable que la parte que por esa vía recurre, tenga interés en la impugnación (G.J. Tomo LXIV, pág. 792), es decir, que frente a la resolución cuya infirmación se propone obtener, considerada esta última desde el punto de vista de sus efectos prácticos determinados por las providencias en ella adoptadas por el órgano jurisdiccional en orden a juzgar sobre el fundamento del litigio, ha de encontrarse dicho recurrente en una relación tal que le permita conceptuarse perjudicado y así justificar su actuación encaminada a pedir la tutela que el recurso de casación dispensa. Significa esto que el interés del cual viene haciéndose mérito está dado por el vencimiento total o parcial que para la parte representa el contenido decisorio del fallo definitivo de instancia, vencimiento que según definición prohijada por autorizados expositores (...) se resuelve en el contraste concreto entre ese contenido y el interés desplegado por quien recurre durante el curso del proceso, desde luego en la medida en que no haya renunciado a hacer valer ese interés, de manera pues que el vencimiento está fincado en la lesión actual, clara y terminante que la sentencia discutida le ocasiona’ (Cas. Civ., sentencia de 7 de septiembre de 1993, expediente No. 3475, G.J. T. CCXXV, No. 2464, pág. 433)” (Cas. Civ., sentencia de 30 de noviembre de 2011, expediente No. 05001-3103-005-2000-00229-01).

6. De lo expuesto se sigue, sin más consideraciones, el fracaso del recurso de casación en cuanto hace al demandante Iván Pedro Tarud María; y, por tal razón, que el estudio que a continuación se efectuará de la censura planteada, esté sólo referido a la otra accionante, sociedad Iván Tarud y Cía. S. en C.

II. Del abuso del derecho, en general.

1. Desde los albores del siglo pasado, en la mayoría de las naciones del mundo occidental, se consolidó la tesis jurídica según la cual, cuando del ejercicio de los derechos subjetivos se trata, dado el carácter relativo que en general tienen las prerrogativas que el ordenamiento jurídico reconoce, su titular no puede actuar arbitrariamente, con exceso o con desconocimiento tanto de los derechos ajenos, como de los límites y finalidades que los propios suponen, toda vez que si así procede y con su obrar ocasiona daño a otro, está obligado a reparar los perjuicios que de tal modo haya provocado.

2. Teniendo como fundamento claras directrices del derecho antiguo, en particular, del Romano, la doctrina y la jurisprudencia dieron forma a la teoría del "abuso del derecho", que, en esencia, asigna a aquel que ejerce sus propios derechos en forma desbordada o desviada respecto de la finalidad que el ordenamiento jurídico reconoce para ellos teniendo presentes los principios y valores que los inspiran, el deber de reparar los daños que con su

comportamiento hubiese causado, tesis que en Colombia, luego de haber sido expuesta y aplicada durante muchos años por esta Corporación, fue recogida en el artículo 830 del Código de Comercio, que a la letra reza: "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause", y tuvo posterior consagración constitucional, como quiera que la Carta Política de 1991, en su artículo 95, establece que "[s]on deberes de la persona y del ciudadano: (...). 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. (...)".

3. No se trata, como se infiere de los anteriores preceptos y de lo que en precedencia se dejó delineado, de restringir el legítimo ejercicio de los derechos sino, lo que es bien distinto, de comprometer la responsabilidad de las personas que, al pretender hacer efectivas las prerrogativas con que cuentan, superan, de una u otra forma, el marco de legalidad de las mismas.

Por consiguiente, hay que destacarlo, no es el "uso" o ejercicio de los derechos el perceptor de la mencionada responsabilidad, sino el "abuso" de los mismos, el que da lugar al surgimiento del referido deber de reparación.

En sentencia que, por su elocuencia, bien vale reproducir a espacio, esta Sala de la Corte, sobre el particular, expuso recientemente lo siguiente:

"(...) Y es que el mencionado instituto jurídico, en orden a corregir los

excesos que se pudieran cometer en el ejercicio de los derechos, aun cuando éstos estuvieran reconocidos por la misma ley, vino a ser la razón toral tendiente a expresar cómo, en las diversas etapas y lugares de la historia, la misma sociedad reaccionara para empezar a imponer determinadas restricciones al comportamiento indebido y egoísta de los particulares, bajo la concepción de que todas estas conductas individuales, como causantes de daños, forzosamente debían ceder frente al interés superior de los asociados.

“Evidentemente, a la luz de las consideraciones individualistas, el ejercicio de los derechos propios jamás podría ser concebido como el causante de daños indemnizables a terceros, pero bajo la mirada de pareceres originados en la solidaridad, el sistema jurídico vino a constituir un haz de reglas insertadas en el conjunto de las relaciones sociales, ante cuya mirada sería posible la vulneración de los intereses ajenos y la generación de perjuicios resarcibles a sus titulares, pese a estar haciéndose actuar por los respectivos agentes las facultades con que contaban por disposición legal.

“Aparecieron entonces varias teorías que propendieron por la humanización del ordenamiento jurídico, expresadas en propósitos como el de restar el carácter absoluto a los derechos subjetivos, para introducir en ellos algunos elementos que pregonaron la relatividad de los mismos, a fin de que quienes los disfrutaran no lesionaran innecesaria e injustificadamente los de los demás, ni utilizaran el pretexto de su goce, aún autorizado por la misma ley, para agredir los ajenos. Así, se comenzó a concebir cómo las prerrogativas tenían unos límites naturales que impedían invadir o conculcar las de los otros asociados y, de esa forma, se fueron dejando a un lado aquellos postulados individualistas, para pasar lentamente a reconocer en las potestades de las personas la presencia de confines tendientes a impedir el desbordamiento de algunas conductas que pudieran lesionar a sus semejantes.

*“También de esa manera fueron quedando atrás algunos dogmas, característicos de la rigidez de antes, como aquel *feci sed jure feci*, que permitía al autor de un daño causado en ejercicio de un derecho decir simplemente ‘he causado un daño, pero tenía derecho a hacerlo’, o como el conocido *neminem laedit qui jure suo utitur*, cuyo significado suponía que no quedaba comprometida la responsabilidad cuando se ejercía un derecho (JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, pág. 3).*

“Surge así la denominada tesis de las emulaciones –aemulatio–,

referida a los actos que, en el ejercicio de un derecho subjetivo, llevaban la inconfesable o disimulada intención de su titular de causar daño a las cosas ajenas o a las personas, los que, por tanto, debían ser impedidos y reprobados, merced al atentado que suponían contra la moral vigente. Paralela a esta teoría de pensamiento eminentemente subjetivista, floreció también la de las inmisiones –inmissio–, que censuraba las actividades desprovistas de propósito nocivo pero, de todos modos, causantes de perjuicio al interés de otro, como ocurriría si en un predio, sin ánimo de lesionar al vecindario, se produjesen ruidos intolerables o humos o calores excesivos que lo afectasen, la que se enmarcaba dentro de un criterio objetivo.

“Siguiendo por ese rumbo, la jurisprudencia francesa, en varios fallos que sin duda vienen a ser en este tema antecedentes de marcada importancia (de las Cortes de Colmar y de Lyon, entre otros), empezó a bosquejar la que ha sido denominada teoría del abuso del derecho, cuya línea más general propugna porque el titular de una facultad la ejerza con la diligencia y el cuidado necesarios para no conculcar con su actividad los derechos de otros. Y de esa forma, la jurisprudencia patria, tras los derroteros trazados por el citado Josserand, ha producido también un abigarrado conjunto de decisiones en las cuales plasmó su criterio con relación a esa doctrina, a tal grado que ha auspiciado la interpretación y la integración legal teniendo en mira siempre la idea de evitar la posibilidad de que los ciudadanos utilicen sus derechos para agredir los ajenos.

“La señalada tesis del abuso representa, pues, una respuesta de avanzada frente a la tendencia que consideró los derechos desde una marcada perspectiva individual y egoísta, fruto del formalismo legal y del absolutismo jurídicos reinantes, de manera que con ella los derechos comenzaron a adquirir una connotación y un significado claramente sociales, impregnados de un carácter solidario ajeno a aquella visión existente en un principio.

“Y la Corte, mediante especial esfuerzo por actualizar las normas a las nuevas realidades, comenzó a mirar con un sentido amplio y extraordinario los principios generales y, en esa tarea, moldeó la doctrina de la relatividad de los derechos, en la que de la interpretación literal de los textos legales, empezó a extenderla a una hermenéutica funcional apoyada en los mencionados principios y valores. Fue así como sostuvo, a modo de hito inconfundible, cómo los derechos subjetivos, en la medida en que ‘...son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo... no son absolutos, sino relativos...’, razón en la que se apoyó para, a renglón seguido, manifestar que

consecuentemente deben '...ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira...' (G. J., t. XLVI, pág. 60), puesto que si bien era cierto que ellos merecían todo el respecto, también lo era que no podrían considerarse '...absolutos...', y '...que el ejercicio de todo derecho tiene por límite el derecho ajeno...' (G. J., t. XV, pág. 8).

"Aseveró también, como fundamento basilar del postulado, y en coherencia con lo dicho, que las potestades de los asociados, aunque legítimas y respetables, no podían ser ilimitadas ni justificaban la invasión de las ajenas, en virtud de que hallaban confín en el lugar mismo donde empezaban a regir las de los demás, de suerte que no podían ser traspasados impunemente los correspondientes linderos, por lo que, de ser transgredidos y, por ese sendero, causar daño, se incurriría en responsabilidad civil. En ese sentido expresó cómo '...el derecho de cada cual va hasta donde empieza el de su prójimo...', entendimiento de tal peso y suficiencia que permitiría afirmar sin hesitación la evidencia de la secuela que engendraría, según la cual '...cuando su ejercicio traspasa ese límite, tal actividad puede implicar un claro abuso del derecho...' (sentencia de 11 de octubre de 1973, G. J., t. CXLVII, pág. 82).

"Una vez asimilada y aplicada la doctrina del abuso del derecho, fundada en los antecedentes de los actos de emulación y en las inmisiones, empezaron a brotar, como sucedáneas, la visión subjetiva, afincada en la necesidad de intención dañina o por lo menos de imprudencia o descuido en la conducta, para que pudiera advertirse el fenómeno, y la objetiva, apoyada en la presencia del exceso o anormalidad en la ejecución del respectivo derecho, tesis ambas que terminaron siendo aceptadas en una especie de postura ecléctica, de conformidad con la cual se incurriría, en cualquiera de los dos casos, en el fenómeno que se viene tratando, pues en una u otra situación emergería el desafuero siempre que el titular del respectivo privilegio causara menoscabo por razón de su designio dañado, ora por virtud de la simple negligencia, ya porque desbordase sus límites, lo ejerciera de manera anormal o merced a que lo practicara en forma diversa a la función para la cual fue establecido.

"La Corte, interpretando aquel sentimiento, lo asumió y expuso, en sentencia de 19 de octubre de 1994, que 'esa ilicitud originada por el 'abuso' puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de

determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo' (exp. #3972).

"El abuso del derecho, en todo caso y con independencia de la teoría objetiva o subjetiva que se predique haberle dado origen, en cada situación concreta y según las circunstancias fácticas que lo rodeen, se caracteriza entonces fundamentalmente por la existencia, ab initio, de una acción permitida por una regla, sólo que, por contrariar algún principio de trascendental connotación social, como la moralidad del acto, la buena fe y otros semejantes, termina convirtiéndose en una conducta del todo injustificada y, por contera, constitutiva de un perjuicio.

"Y, como también se dejó narrado, aunque las primeras manifestaciones en torno del tema que ocupa la atención de la Corte se centraron en el análisis de la arbitrariedad en el ejercicio del dominio, merced a los conflictos presentados entre propietarios de fundos limítrofes, en orden a lo cual se dijo que todo acto del titular que causara daño en virtud de la intención decidida de producir perjuicio (animus nocendi) o por falta de prudencia y atención o por ausencia de interés serio y legítimo, generaba responsabilidad y, por ende, obligación de indemnizar, la cual tenía origen típicamente extracontractual, luego se le concedió un efecto expansivo que irradió muchos otros aspectos del ordenamiento jurídico, siendo así como, en vez de restringirse su concepto a los contornos de la propiedad, se extendió su aplicación a otros ámbitos de la actividad jurídica, como los concernientes con el derecho de litigar, la formulación temeraria de denuncias penales, el embargo excesivo del patrimonio del deudor, el secuestro de bienes no pertenecientes al ejecutado o el ejercicio abusivo de las potestades nacidas de las relaciones convencionales.

"Fue así como, concordante con esas directrices ideológicas que circulaban en el mundo, la Corte entendió también que el abuso de los derechos no se presentaba únicamente en la esfera particular del dominio, sino en otros escenarios, y por ello adujo que '...la responsabilidad civil por abuso de derechos subjetivos, generalmente en nada se separa de los lineamientos principales de la culpa aquiliana, o de la contractual en su caso...' (G. J. t. CXLVII, pag. 82), aserción mediante la cual reafirmó la entrada que le había dado en el campo propio de los contratos, desde cuando, casi un siglo antes, en sentencia de 6 de diciembre de 1899 (G. J. XV, 8), encontró posible su ocurrencia siempre que se abusara de los derechos emanados de los acuerdos de voluntades.

"Bajo ese derrotero, al pregonar la Sala que en '*...materia contractual tiene cabida el abuso del derecho*', el que puede '*...presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual*' (G. J., t. LXXX, pag. 656), fluye con notoria nitidez cómo la Corporación ha reconocido la vigencia y posibilidad del fenómeno, aún por fuera del espacio inicial, circunscrito al ejercicio de la propiedad, para llegar a admitir la extralimitación en las facultades nacidas de los acuerdos de voluntades, pues en esos casos puede ocurrir el comportamiento de uno de los pactantes que, aunque pareciera respaldado por el derecho que en verdad le asiste, actúe '*...con detrimento del equilibrio económico de la contratación...*' (G. J., t. CCXXXI, pag. 746); de esta manera, la jurisprudencia también vino a señalar cómo es posible que por este aspecto fuese dable fijar límites a la autonomía de la voluntad en materia negocial.

"...

"(...) De conformidad con el artículo 830 del Código de Comercio '*el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*'. Con esta norma surge indiscutible cómo sin ambages ni dubitación el ordenamiento dio carta legislativa a la figura y, con ello, ofreció cabida a la reparación de los daños originados en la actividad del titular que ejerciera sus derechos en forma excesiva, anormal, dolosa o culposa, ora en la práctica de una prerrogativa desvinculada de toda conducta convencional y de la nacida de un contrato.

"Asimismo, el numeral 1° del artículo 95 de la Constitución Política de 1991 estableció que constituye deber de todas las personas y de todos los ciudadanos '*[R]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*'; con lo que, cual es fácil de apreciar, el ordenamiento jurídico encontró necesario adoptar y respaldar el postulado hasta entonces examinado y definido desde la doctrina y la jurisprudencia, para, ante la magnitud e importancia en los tiempos que corren, consagrarlo como un deber cuya raigambre se halla en la misma concepción constitucional, demostración palmaria del interés sobresaliente que encuentran hoy el Estado y la sociedad en ese principio. Esto es, no quieren ellos que el ejercicio de los derechos propios sea pretexto para que los ajenos deban ceder ineluctable e injustificadamente, como quiera que las atribuciones de cada ciudadano deben ser practicadas dentro de sus precisos linderos, sin intromisión en las órbitas extrañas y sin violación de los intereses correspondientes a los demás" (Cas. Civ., sentencia del 16 de septiembre de 2010, expediente No. 11001-3103-027-2005-00590-01).

4. Así las cosas, es pertinente concluir que el ejercicio adecuado de los derechos, esto es, el que se ajusta a los propósitos y límites que su propia naturaleza les impone, teniendo en cuenta para ello los parámetros que el ordenamiento jurídico vigente, con la Constitución Política a la cabeza, establezca, no es, ni puede ser, objeto de reproche, así otras personas resulten afectadas -ejercicio *legítimo* del derecho-, razón por la cual la responsabilidad civil por abuso del derecho surge, como se ha reseñado, por el contrario, de los daños que su extralimitación, desviación o desbordamiento ocasione a otras personas.

III. Del abuso del derecho de litigar.

1. En el ámbito de los derechos subjetivos, singular trascendencia y valía ostenta el de litigar o de acudir a las vías judiciales, en tanto que es a través de su ejercicio, en términos generales, que se materializa la prerrogativa que la Constitución Política y la ley brindan a todas las personas de concurrir ante el órgano jurisdiccional del poder público en procura de obtener la protección debida de sus derechos, cualquiera que ellos sean e independientemente del motivo que provoque la necesidad de su salvaguarda, facultad que resulta fundamental en aras de la armonía, la paz y la seguridad, condiciones de vida de los asociados que en la estructura del Estado Social de Derecho se erigen, por una parte, como algunos de sus fines, según se desprende del inciso 1º del artículo 2º de la Carta de 1991, que prevé como tales, entre varios más, "asegurar la convivencia pacífica y la

vigencia de un orden justo", y, por otra, como un deber a cargo suyo, en tanto que es obligación de las autoridades "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades" (inciso 2º *ib.*).

2. Se trata, pues, de un legítimo derecho y, por ende, su utilización, en primer lugar, está comprendida tanto en la garantía general de protección a que acaba de aludirse, como en la especial de acceso a la administración de justicia, instituida en el artículo 229 de la Constitución Política; y, en segundo término, entronca con el derecho al debido proceso que, según el artículo 29 *ibídem*, se aplica a "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas" y obliga a que todo juzgamiento se haga "conforme a [las] leyes preexistentes al acto que se (...) imputa", esté a cargo del "juez o tribunal competente", observe "la plenitud de las formas propias de cada juicio", haga operante, entre otros, los principios de presunción de inocencia y doble instancia, vele por la efectiva defensa del procesado, no sea objeto de "dilaciones injustificadas", asegure el derecho a la prueba y la contradicción de las que se aduzcan e impida que sean tenidos en cuenta los medios de convicción obtenidos ilícitamente.

3. Empero, como acontece con todos los derechos subjetivos, según ya se indicó, el de acudir a la administración de justicia tampoco es absoluto o irrestricto. La libertad que tienen las personas, por una parte, de acceder a

ella y, por otra, de que, consiguientemente, puedan solicitar al Estado el reconocimiento y la protección de sus derechos, no significa que les sea dable acudir al aparato jurisdiccional para hacer efectivas sus prerrogativas cuando proceden con temeridad o mala fe.

Es que el ejercicio del referido derecho está sometido, a su vez, a una serie de deberes que, en lo fundamental, según se desprende del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, se condensan en que las partes y los apoderados que las representen deben “[p]roceder con lealtad y buena fe en todos sus actos” (num. 1º) y deben “[o]brar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales” (num. 2º), disposiciones éstas que resultan complementadas con el artículo 74 de la misma obra, que a la letra reza:

“Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

“1º. Cuando es manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido éste.

“2º. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.

“3º. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

“4º. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.

“5º. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso”.

4. Indispensable es enfatizar, por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 72 del estatuto procesal civil, que, de manera general y sin perjuicio, claro está, de supuestos particulares, sólo cuando se promueve un proceso o se realiza una actuación judicial con temeridad o mala fe, y así se comprueba, hay lugar a deducir de ese comportamiento responsabilidad civil respecto del gestor de la controversia o del trámite de que se trate, pues se estima que en tales supuestos se abusa del derecho de litigar y dicha forma particular del ilícito civil exige, en esos casos, un criterio de imputación subjetivo específico, referido, se repite, a la temeridad o mala fe en el obrar.

Es que como ya lo tiene explicado la Corte:

"(...) El artículo 2341 del C. Civil consagra el principio de que todo perjuicio causado por dolo o culpa, obliga a su autor a cabal indemnización. No se exige una determinada culpa para que surja la obligación de resarcimiento. Es suficiente una culpa sin calificación, una culpa cualquiera, desde luego que no es indispensable que el autor del daño haya actuado con intención positiva de inferirlo o que se requiera, específicamente, que se le declare reo de una determinada clase de culpa.

"Y como el derecho de cada cual va hasta donde empieza el de su prójimo, resulta evidente que cuando su ejercicio traspasa este límite, tal actividad puede implicar un claro abuso del derecho, que si se origina en proceder culposo de su titular, compromete la responsabilidad personal de éste si causa daño a terceros. Quien actúa así, no puede liberarse entonces del deber de indemnizar perjuicios, afirmando: feci, sed jure fecis, pues en principio, los derechos subjetivos no pueden ejercitarse en ámbitos que no estén tutelados por un interés serio y legítimo. Cuando su ejercicio se sale de esta esfera, el titular de la facultad deja de obrar conforme al derecho y su actuar se torna típico abuso del mismo; tal el motivo para que, con razón, hayan dicho los MAZEAUD que no se nos han conferido nuestros derechos para que los ejerzamos con un fin puramente egoísta, sin tener en cuenta el influjo que pueda tener su

ejercicio sobre nuestros semejantes, y que el interés social debe tener un sitio junto al interés individual del titular del derecho ejercido.

"(...) Ahora bien, como no son los mismos los elementos de la responsabilidad por abuso de un derecho subjetivo o por el del empleo de vías de derecho, necesario será advertir que, acogiendo en el punto lo que la doctrina francesa sostiene sobre el abuso de estas últimas vías, el nuevo Código de Procedimiento Civil (arts. 71, 72, 73 y 74), para deducir responsabilidad a los terceros intervinientes, a las partes o a sus apoderados por los perjuicios que, con sus actuaciones procesales, causen a su adversario o a terceros, exige expresamente que esos actos sean fruto de la temeridad o de la mala fe.

"Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Corte sobre el abuso del derecho, no sufre modificaciones relativamente a que el titular de un derecho subjetivo, cuando abusa en su ejercicio, no ya en las vías de derecho que utiliza para alcanzar su efectividad, compromete su responsabilidad personal si, por cualquier especie de culpa, con tal proceder causa daño. Y existe culpa, entonces, siempre que el titular del derecho haya obrado como no hubiera obrado un individuo diligente y juicioso, situado en las mismas circunstancias externas que el autor de la culpa.

"(...) En resumen: quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, es decir, en sus actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, mas sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso. Y, en cambio, quien es reo del mismo abuso, mas no ya por la elección de vías de derecho, se hace responsable, en principio, siempre que en su actuar haya obrado culposamente, a pesar de que su proceder no pueda calificarse como temerario o malintencionado" (Cas. Civ., sentencia de 11 de octubre de 1973, proceso de Luis Enrique Páez Sierra contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; se subraya).

Con posterioridad, sobre la misma temática, se puntualizó:

"Es apenas claro que el titular de un derecho subjetivo es, en principio, la persona legitimada para ejercitarlo frente a quien la norma positiva material ha impuesto la obligación correlativa. Pero como quien demanda la intervención de la jurisdicción para el arreglo de los conflictos surgidos con sus conciudadanos, ha de obrar siempre sin temeridad, tanto en sus

pretensiones como en el ejercicio de sus derechos procesales y, además, debe proceder con lealtad y buena fe, según lo impera el artículo 71 del estatuto de enjuiciamiento civil, en caso de no observar esas pautas de mediana prudencia y dignidad, si causa un daño a la contraparte o a terceros, entonces el legislador sanciona su obrar temerario o malintencionado, y no simplemente cualquier clase de culpa, imponiendo por la temeridad o la mala fe en la escogencia de las vías de derecho, la obligación de indemnizar a la víctima por el abuso del derecho de litigar. Así está dispuesto expresamente en los artículos 72 y 74 del C. de Procedimiento Civil.

"El principio general, consagrado en el artículo 2341 del C. Civil, relativo a que quien ha inferido daño a otro, intencional o culposamente, así la culpa sea leve o levísima, es obligado a la indemnización, es aplicable al campo del abuso del derecho, pero sólo en tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo. Cuando, por el contrario, el abuso se ha realizado en la escogencia de las vías de derecho, es decir, en el ejercicio de los derechos procesales seleccionados para lograr la efectividad del derecho material discutido, entonces una culpa cualquiera del litigante no genera necesariamente, en caso de darse los otros elementos de la responsabilidad, la obligación de indemnizar. Desde luego que en la actividad procesal la ley no exige una máximo de cuidado, una diligencia suma, y como quiera que el contenido de las normas positivas no siempre ofrece una sola interpretación, el legislador sólo ha impuesto a los litigantes el deber de observar una conducta que excluya la mala fe y la temeridad, circunstancias éstas que ley presume en los siguientes eventos, según lo establece el artículo 74 precitado: '(...).'

"Mas es lógico que esta lista de casos no excluye la existencia de otros en que se haya actuado con mala fe o con temeridad. El catálogo copiado es de los episodios en que legalmente se presumen esas circunstancias, pero ello no quiere decir que no haya otros eventos en que se actúe de esa manera perniciosa" (Cas. Civ., sentencia de 26 de enero de 1978, proceso de Karol Fortich frente a Isaac Schuster; se subraya).

Y luego, la Corporación reiteró:

"(...) la Corte ha tenido oportunidad de explicar que la responsabilidad por hechos dolosos o culposos, consistan o no en actos procesales o en la escogencia de las vías de hecho, es típicamente extracontractual, lo que sucede es que entre la responsabilidad general establecida en el artículo 2341 del C. Civil para quien, por su culpa, ha causado daño a

otro y la especial consagrada en el artículo 72 del C. de P. Civil para quien causa perjuicio con actuaciones temerarias o de mala fe, existe una clara diferencia: cualquier culpa, una culpa cualquiera, grave, leve o levísima, es suficiente para fundar la responsabilidad a cargo de su autor, según el artículo 2341; por el contrario, para fundarla a cargo del litigante, según el artículo 72 precitado, se exige que el acto procesal culposo, implique temeridad o mala fe, de lo que se concluye que las culpas leve y levísima no son fuente de responsabilidad en este último caso" (Cas. Civ., sentencia del 24 de mayo de 1980, proceso de Luis Arturo Martínez contra Gonzalo Barrera; se subraya).

Igualmente, varios años después se señaló:

"De modo que perseguir bienes cuyo valor excede los límites establecidos por la propia ley, sin que concorra alguna de las circunstancias de excepción que ella misma indica, torna abusivo el ejercicio del derecho subjetivo establecido por el art. 2488 del C. Civil, y como se dijo, compromete la responsabilidad de quien así actúa, si con tal proceder causa un perjuicio y se le puede imputar un comportamiento temerario o de mala fe, pues al fin de cuentas el abuso se da en el empleo de las vías de derecho, es decir, en la actuación procesal, donde no basta para dar por descontado el elemento subjetivo de la responsabilidad personal, la culpa sin calificación alguna, sino una que haya sido fruto de la temeridad o la mala fe (Cas. Civ. 27 de noviembre de 1998. Exp. 4909).

Ese criterio de la Corte, en los fallos proferidos con posterioridad al precedentemente reproducido, en lo sustancial, no se aprecia modificado y en el presente se reafirma, en tanto que en tales pronunciamientos, en lo tocante con el criterio de imputación en los casos de abuso del derecho de litigar, se ha hecho referencia, de manera general, a la actuación "negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida" (Cas. Civ., sentencia del 14 de febrero de 2005, expediente No. 12073. Ver, entre otras, las sentencias de 24 de enero de 2005, expediente 2000131100011994-2131-01; 22 de febrero de 2005, expediente No 110012103006-1997-9124-01; y 14 de

noviembre de 2008, expediente No. 70001-3103-004-1999-00403-01).

5. Es corolario de lo precedentemente expuesto que la responsabilidad que sobreviene como consecuencia del abuso del derecho de litigar es, a no dudarlo, de naturaleza extracontractual, pues, como se aprecia, la obligación resarcitoria no surge de la violación de una relación jurídica preexistente, sino del hecho mismo de haber actuado en un proceso por fuera del marco fijado por los artículos 71 a 74 del Código de Procedimiento Civil, responsabilidad que, por consiguiente, en líneas generales, está disciplinada por el artículo 2341 del Código Civil. Empero, para que ella se configure, según se desprende de la interpretación armónica de esos preceptos, el factor de imputación, no obstante ubicarse en el campo subjetivo, es cualificado, en tanto que requiere que el agente causante del daño haya obrado con temeridad o mala fe, sin que, a diferencia del régimen general de la responsabilidad civil extracontractual, pueda tenerse como tal una culpa cualquiera.

6. Siendo ello así, es dable inferir que los elementos estructurales de dicha acción -la resarcitoria de los perjuicios causados por el abuso del derecho de litigar- son aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen definidos en todos los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, con los ajustes que corresponde, es decir, una conducta humana antijurídica, en este caso, el adelantamiento de un proceso o la realización de un acto

procesal particular en forma desviada de su finalidad; un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, que en la referida hipótesis, como viene de explicarse, solamente puede consistir en la temeridad o mala fe; un daño o perjuicio, es decir, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; y, finalmente, una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento de aquel a quien se imputa la responsabilidad y el daño sufrido por el afectado.

IV. La acción pauliana.

1. La generación de una relación jurídica obligatoria determina el surgimiento correlativo, por una parte, del derecho de crédito en cabeza del acreedor y, por otra, del deber del deudor de cumplir con la prestación a su cargo, vínculo que hasta cuando la obligación se extinga por cualquiera de los medios legales (art. 1625, C.C.), está soportado, esencialmente, en la obligatoriedad de los contratos (art. 1602 del C.C.), en la responsabilidad patrimonial (art. 2488 del C.C.) y en la buena fe (arts. 83, C.P.; y 1603, *ibídem*), principios éstos que dan fundamento a la recíproca confianza, para aquél, de que éste atenderá en la forma y tiempo debidos la deuda y, para el segundo, de que el primero, no obstante el derecho que le asiste, no lo afectará ilegítimamente en su persona, bienes o negocios.

2. Se sigue de lo precedentemente expuesto, en primer lugar, que el derecho de crédito no es absoluto, ni ilimitado en su ejercicio y que, por lo tanto, el acreedor, en virtud del mismo, no está facultado, por regla general, para interferir en la vida y actividades ordinarias del deudor, mucho menos, en forma negativa o lesiva de sus personales prerrogativas; y, en segundo lugar, que el compromiso adquirido por el obligado se extiende a obrar correctamente en procura de que, llegado el momento, cumpla con el débito al que se encuentra vinculado y a que, de ser requerido, su activo patrimonial sea respaldo suficiente para el cumplimiento de la obligación.

3. En ese escenario, se reitera, sometido al postulado de la buena fe, es factor determinante la adecuada administración que el deudor dé a los bienes que integran el activo de su patrimonio, toda vez que, como es suficientemente conocido, ellos cumplen una función de garantía y de responsabilidad personal para con sus acreedores, según se desprende del artículo 2488 del Código Civil.

Se impone a aquél, por lo tanto, actuar con prudencia y, en consecuencia, procurar que su patrimonio mantenga un equilibrio adecuado, esto es, que sus activos garanticen la satisfacción de sus pasivos, sin que ello signifique que no pueda disponer de sus bienes o adquirir otros, así como asumir nuevos compromisos, pues el contraer una obligación no significa paralizar la vida económica de las

personas.

Así las cosas, para el obligado está proscrita toda actuación, en la que, conociendo el mal estado de sus negocios, disponga de sus bienes y, como consecuencia, provoque una desproporción tal de su patrimonio, que implique que sus activos pasen a ser insuficientes para cubrir el pasivo que lo grava -estado de insolvencia-, comportamiento que por comprometer la garantía de sus acreedores, puede ser revisado judicialmente por petición de éstos para efectos de obtener la revocación del respectivo acto, en la medida en que el artículo 2491 del Código Civil les concede el "derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero", así como "[l]os actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito (...), probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores".

4. Del mismo modo se advierte que la señalada facultad concebida en favor de los acreedores, no puede ser ejercida en frente de cualquier acto o contrato del deudor que comporte la disposición de sus bienes, puesto que, como ya se dijo, el vínculo obligacional no le sustrae tal prerrogativa, de donde los negocios jurídicos que en tal sentido realice, por regla general, están excluidos del reproche

de sus acreedores, quienes, como es lógico entenderlo, al no haber sido parte en los mismos, carecen de interés para cuestionarlos, de conformidad con el principio *res inter alios acta*, que en el ámbito patrio se infiere del artículo 1602 del Código Civil.

5. En suma, la acción consagrada en el artículo 2491 de la obra en cita, denominada por la doctrina y la jurisprudencia como *pauliana*, es, por esencia, excepcional y restringida, particularmente, porque sólo puede dirigirse a combatir los contratos onerosos y gratuitos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores -en el caso de los primeros con el concurso del adquirente en cuanto al citado elemento intencional-, que hayan irrogado un perjuicio cierto, real y actual a aquéllos, como expresamente lo consagra la norma, según atrás se subrayó, perjuicio que, por una parte, se configura únicamente cuando el acto o contrato provoque que el activo patrimonial del obligado se torne menor que su pasivo o incremente esa desproporción y, por lo mismo, ocasione que deje de ser una garantía efectiva de las acreencias a su cargo, esto es, con otras palabras, cuando desemboca en su insolvencia o genera el incremento de la que ya padecía; y que, por otra, es el factor que determina el interés del acreedor para que pueda pretender que se revoque un negocio jurídico celebrado por su deudor, en el que no fue parte y que, en principio, le es por completo ajeno.

6. Ese ha sido el entendimiento que, de manera permanente, ha tenido la Corte respecto de la acción

pauliana.

Es así como en sentencia del 26 de agosto de 1938 señaló que “[e]n el ejercicio de la acción pauliana deben distinguirse dos clases de contratos; a título oneroso y a título gratuito, distinción consagrada en el artículo 2491 del C.C., en sus numerales 1º y 2º. Tratándose de los primeros, dicha acción está condicionada por dos circunstancias esenciales, el **eventus damni**, o sea que el acto ejecutado haya causado o cause un perjuicio a los acreedores, y el **consilium fraudis**, que es el entendimiento del deudor y el tercero, con el fin de defraudar a los acreedores” (G.J., T. XLVII, pág. 63; se subraya).

El precedente criterio lo reiteró la Sala en sentencia del 15 de febrero de 1940, en la que añadió: “Mas no toda persona puede ejercitar la acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, si no que necesita que tenga interés jurídico, o sea un interés protegido por la ley, que es desconocido o lesionado por el acto nulo, por el acto ejercitado merced a una colusión o determinado por el animus nocendi, como en muchos casos de la acción pauliana, o por el acto simulado. (...). La sola calidad de acreedor no da personería a éste para entablar alguna de las acciones anteriores. Se necesita, y se repite, el interés jurídico. (...). La Corte se reafirma en lo expresado en la sentencia de 26 de agosto de 1938, que cita el recurrente y por eso reproduce el siguiente concepto de dicho fallo: ‘No es cualquier acreedor el que tiene derecho a ejercitar la acción

que se viene estudiando, que no está condicionada a un concepto eventual, sino que para que prospere, el interés jurídico debe ser actual, o sea que se debe tratar de un interés protegido por la ley, que es burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero. Y al hablar de intereses protegidos por la ley, deben entenderse no solamente aquellos concretados en derechos exigibles, como sería una deuda de plazo vencido, sino también aquellos constituidos por derechos claros y concretos aun cuando no eran actualmente exigibles, como sería una deuda cuyo plazo no se hubiera vencido'. (...). Quien se presenta pues ejercitando una acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocando su carácter de acreedor, por una obligación de dar, hacer o pagar o no hacer, debe demostrar, primero la existencia plena de ese carácter, aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo establecer, también plenamente que el acto acusado lo perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes" (G.J., T. XLIX, pág. 71; se subraya).

Posteriormente esta Corporación destacó, sobre la acción de que se trata, que "esencialmente constituye uno de los medios que la ley otorga al acreedor para defender sus derechos contra las actividades fraudulentas de su deudor, dándole manera de impedir que mengüe de mala fe el patrimonio que le sirve de prenda general" y que "[j]urisprudencialmente se ha acrecido el ámbito de aplicabilidad de esta acción revocatoria, libertándola de la condición de que el deudor haya hecho cesión de bienes o

haya sido concursado, a que en un principio se la sometió con excesivo ceñimiento a los términos literales del artículo 2491 del C.C., pero conservándole sus condiciones esenciales de ejercicio, que por lo que concierne a los actos a título oneroso son, a más de la calidad de acreedor, el **eventus damni** y el **consilium fraudis**, esto es, que el acto ejecutado por el deudor debe causar un perjuicio cierto, para que así surja en el demandante el interés jurídico indispensable para el ejercicio de toda acción judicial, y que tal acto haya sido el resultado del entendimiento del deudor con un tercero a efecto de defraudar al acreedor" (G.J., T. LXV, pág. 328; se subraya).

En fallo que data del 17 de abril de 1951 observó que "[d]os condiciones son siempre necesarias para que la acción pauliana pueda ser ejercitada: A) Es necesario que el acto cause un perjuicio al acreedor (**eventus damni**); B) Es también indispensable que haya sido hecho en fraude de los derechos de los acreedores (**consilium fraudis**). Cuando se trata de actos a título oneroso se requiere una tercera condición: la complicidad del tercero en el fraude del deudor". En cuanto hace al primero de esos requisitos, seguidamente explicó: "El perjuicio es la base de la acción; se desprende del principio ya señalado, de que donde no hay interés, no hay acción. Por lo tanto, la acción pauliana supone que el acto impugnado ha convertido al deudor en insolvente, o ha aumentado su insolvencia anterior. De esto se desprende que los jueces deben rechazar la acción dirigida contra un acto del deudor, aun cuando se haya realizado con intención fraudulenta, si se deduce de las circunstancias ampliamente

apreciadas por el juzgador, que tal acto, aunque fraudulento, no causa perjuicio alguno al acreedor" (G.J., T. LXIX, pág. 535; negrillas y subrayas fuera del texto).

En oportunidad más reciente, la Sala señaló: "Tradicionalmente desde el edicto de Pretor Romano que creó esta acción revocatoria, pasando por las instituciones seculares del Derecho Español (Leyes 7ª y 8ª, Título 15, partida 5ª) y por el Código de Napoleón (artículo 1167) hasta su consagración en el Código Civil chileno, del que la recibiera el colombiano, cuyo artículo 2491 es trasunto del 2468 de su modelo, la acción pauliana se concibió y se encuentra instituida como un derecho auxiliar de los acreedores anteriores al acto nocivo y fraudulento otorgado por el deudor. Histórica y técnicamente esta acción, que es personal, solo corresponde a aquellos acreedores anteriores, porque el deudor, con fraude y en perjuicio de los mismos, ha hecho salir de su patrimonio bienes que eran parte integrante de la prenda general que les servía de garantía. La acción equivale así a un proceso de reintegración del patrimonio del deudor, en favor de los acreedores que éste tenía en el momento de realizar el acto que produjo su insolvencia o que contribuyó a aumentar la en que ya se encontraba. Por lo mismo, si el acreedor pretendiente de la acción pauliana lo fuese en virtud de un crédito posterior a la fecha del acto impugnado, no podría sostener que tal acto lo perjudica, dada la imposibilidad de considerar que, en la prenda general constituida por los bienes del deudor, figuraba un bien del que éste se había desprendido en el momento en que contrató con él" (Cas. Civ.,

sentencia del 22 de agosto de 1967, G.J., T. CXIX, pág. 197; subrayas y negrillas fuera del texto).

Del mismo modo, en fallo del 14 de marzo de 1984 la Corte sostuvo que “[e]sta acción, que es eminentemente ética o moralizadora, como quiera que va destinada a sancionar el fraude o mala fe con que actúan los deudores en sus negocios jurídicos respecto de sus acreedores, se caracteriza por la concurrencia de los presupuestos siguientes: a) que exista un crédito; b) que el acto o negocio celebrado por el deudor haya propiciado o aumentado la insolvencia del deudor y, por ende, produzca daño a los acreedores; c) que el deudor al celebrar el acto lo haga en fraude de sus acreedores, el cual se da cuando aquel tiene conocimiento del mal estado de sus negocios. (...)”. A los anteriores requisitos y para el evento de que el acto celebrado por el deudor lo sea a título oneroso, se suma el de la complicidad del tercero, o sea, que éste esté de mala fe (*consilium fraudis*), pues si el acto es a título gratuito no se requiere de esta última exigencia, porque aunque el tercero adquirente esté de buena fe, si concurren los otros requisitos, procede la acción revocatoria (art. 2491 del C.C.)”. A continuación, en torno de la segunda de tales exigencias, la Sala aclaró que ello acontece cuando el “pasivo patrimonial sea superior a su activo” y que, por lo mismo, “se haya producido un desequilibrio entre el activo y el pasivo del patrimonio del deudor que le impida pagar sus obligaciones. Si el deudor es solvente o tiene bienes con que satisfacer la acreencia del actor, la acción revocatoria no puede prosperar”.

porque no se configura el eventus damni y sin éste no hay interés en la acción. Y si a pesar de esta última circunstancia el deudor resulta demandado, bien puede éste defenderse exitosamente alegando y estableciendo que sus activos son bastantes o suficientes para pagar la deuda que tiene contraída con el acreedor demandante, esto es, formulando la excepción que la doctrina francesa denomina de 'discusión de bienes', medio exceptivo éste que también puede alegar el tercero adquirente" (G.J., T. CLXXVI, pág. 93; se subraya).

Los referidos requisitos estructurales fueron reiterados por la Corporación, entre otras, en sentencias de 24 de julio de 2002 (expediente No. 5887) y 14 de junio de 2007 (expediente No. 11001-02-03-000-2003-00129-01).

Finalmente, en el pronunciamiento más próximo sobre el tema que en particular se trata, la Corte expuso:

"1. Aparte de la función preventiva que la acción pauliana pueda desempeñar, por lo disuasiva que debe resultar, frente a posibles enajenaciones fraudulentas, la posibilidad de que excepcionalmente sean privadas de efectos por ese medio, es claro que su misión es 'eminentemente ética o moralizadora, como quiera que va destinada a sancionar el fraude o mala fe con que actúan los deudores en sus negocios jurídicos respecto de sus acreedores' (G.J. t. CLXXVI, pág. 93).

"De ahí que si dicha acción es de naturaleza excepcional, pues de antemano, para la debida seguridad jurídica, se imponen principios básicos, como el de preservación de los negocios y la presunción de buena de fe que ampara a los contratantes, ésta inclusive de raigambre constitucional, es apenas obvio que el acreedor que hace uso de la misma, tendiente a reconstituir el patrimonio del deudor, con los activos de los que maliciosamente ha dispuesto para frustrar su persecución, es quien corre con la carga de rendir fehacientemente la prueba de ese carácter fraudulento, toda vez que, salvo que la ley así lo señale, ni el dolo ni la mala fe se presumen legalmente.

"En ese cometido, imprescindible deviene tener claro que el fraude pauliano no se identifica con el dolo instituido como vicio del consentimiento de los actos o contratos, ni con el dolo de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Por esto, el legislador patrio, siguiendo la tradición romanista, en este específico caso tiene configurado el fraude cuando el deudor 'conociendo' el mal estado de sus negocios, ejecuta actos o contratos en 'perjuicio' de sus acreedores (artículo 2491 del Código Civil). Por lo tanto, no es la simple demostración del ánimo preconcebido del otorgante lo que agota la carga probatoria dicha, sino el discernimiento que tiene sobre el daño que va a irrogar con el negocio, porque debido a los quebrantos patrimoniales que lo aquejan, va a tomar nugatorio el derecho de tales acreedores.

"La prueba dirigida a ese propósito, entonces, por lo excepcional de la acción, según quedó dicho, debe ser contundente, porque al decir de la Corte, se trata de 'una situación de espíritu: es el conocimiento por parte del deudor del perjuicio que va a causar a sus acreedores. El deudor sabe que al realizar tal acto, se va a convertir en insolvente o va a aumentar su insolvencia y, por consiguiente, a perjudicar a sus acreedores. Esto basta' (G.J. LXIX, pág. 535).

"Aunque esa comprobación es suficiente cuando el acto por el cual el deudor desaparece sus activos es gratuito, exiguo resulta cuando es a título oneroso, porque en ese evento el acreedor también tiene que comprobar el 'consilium fraudis', es decir, la complicidad del tercero que contrató con el deudor, pues sólo en la medida en que aquél igualmente conozca el mal estado de los negocios de éste, queda expuesto a la acción del acreedor, como así lo consagra el precepto citado, diferencia de tratamiento que, desde luego no es casual, pues obedece a la disímil situación en que se encuentra el adquirente de buena o mala fe.

"Sobre el particular la Corte tiene explicado que el 'acreedor, cuando demanda la revocación de un acto fraudulento a título gratuito, está tratando de evitar un daño, sin que la revocación implique para el tercero adquirente un perjuicio, sino la privación de un lucro; por tanto, nada interesa la buena o mala fe con que actuó este último. Por el contrario, cuando el acreedor solicita la revocación de un acto fraudulento a título oneroso, no sólo trata de evitar su propio daño, sino que a la vez le va a causar un perjuicio al tercero adquirente, como quiera que éste se verá obligado a restituir el bien recibido del deudor. En tales circunstancias, se debe proteger al tercero que está de buena fe' (G. J. CLXXVI-95)" (Cas. Civ., sentencia del 14 de marzo de 2006, expediente No.

7. Se extracta de los anteriores precedentes, que en el estado actual de la jurisprudencia, es requisito estructural de toda acción pauliana el daño o perjuicio que el acto o contrato, por esa vía cuestionado, le haya ocasionado al acreedor demandante, reflejado en la insolvencia del deudor o en el incremento de ella, como consecuencia de la celebración por parte de éste del negocio jurídico precisamente controvertido, entendida aquella como la disminución del activo patrimonial del obligado a un nivel inferior al que ostenten los pasivos a su cargo, de modo que tal merma haga inefectiva la garantía general con que contaba el respectivo titular del derecho de crédito y, consecuentemente, imposibilite el pago de su acreencia.

8. Ahora bien, no escapa a la Corte que un sector de la doctrina foránea, particularmente francesa, ha planteado en puntuales casos, ello es fundamental, que el requisito de la insolvencia no sería indispensable para que se abra paso la acción pauliana, como cuando el deudor ha remplazado un bien susceptible de ser cautelado por otro cuya persecución se torna bastante dificultosa, o en los supuestos en los que el acto o contrato motivo de la acción compromete un derecho preferente del acreedor que, en tal virtud, busca su revocatoria.

Sobre el punto, son pertinentes las siguientes explicaciones relacionadas, específicamente, con la acción pauliana en el sistema francés:

"Uno de los requisitos de estimación de la acción pauliana es la existencia de un perjuicio sufrido por el acreedor demandante como consecuencia del acto litigioso. Un acreedor ordinario no tendría interés en impugnar la compraventa de un inmueble propiedad de su deudor si dicho inmueble estuviese gravado con hipotecas, por un valor superior al de dicho bien, o incluso, en impugnar un arrendamiento, que reduce indudablemente el valor venal del inmueble, cuando el mismo, entretanto, hubiese sido objeto de una cesión a favor de un tercero. En estos supuestos, el acto no perjudica realmente a los acreedores, de forma que su acción se declarará inadmisibile: «a falta de interés, no existe acción».

"Por el contrario, el perjuicio existirá cuando la actuación litigiosa tenga como consecuencia una disminución del patrimonio del deudor. El mejor ejemplo es el acto mediante el cual el deudor enajena un bien sin contraprestación o a cambio de un precio inferior al valor real del mismo. También son actos que disminuyen el patrimonio del deudor las renunciaciones a una sucesión o a un legado, o la renuncia al beneficio de una prescripción adquisitiva o extintiva. Lo mismo podemos decir de la formalización de un contrato de arrendamiento de larga duración o que otorga al arrendatario un derecho de prórroga (en particular, el arrendamiento de local de negocio o el rústico).

"Si estos principios no admiten discusión, algunos casos, plantean, sin embargo problemas. En este sentido podemos mencionar el acto mediante el cual el deudor no se empobrece pero se niega a enriquecerse. Según el derecho romano, el acreedor no podía reprochar a su deudor su desinterés en aumentar su riqueza. Esta solución parece lógica, pues esta falta de enriquecimiento no hace disminuir la prenda general del acreedor. Desde el Código civil de 1804, se planteó la pregunta de si esta norma seguía siendo vigente en el derecho francés. Se ha señalado inmediatamente que, en derecho romano, la renuncia por el deudor a una sucesión a la que ha sido llamado o a un legado que le ha sido atribuido, no podía ser impugnada mediante la acción pauliana. Sin embargo, este argumento no resulta muy convincente, pues, en derecho francés, la sucesión se adquiere de pleno derecho por el heredero, de suerte que, si renuncia, pierde un derecho, lo que, en caso de herencia con saldo positivo neto, origina una disminución de su patrimonio. Convencidos por tal argumentación, la mayoría de los autores contemporáneos consideran que la norma romana sigue siendo aplicable en derecho francés. Sin embargo, DEMOLOMBE había tomado firmemente parte por la tesis contraria, invocando a los autores de derecho antiguo, y alegando que la acción pauliana era admisible *'contra un acto mediante el cual, en realidad, el deudor no hubiese disminuido su*

patrimonio, ni actuado con negligencia para aumentarlo, cuando tal acto hubiese sido realizado en fraude a los acreedores, es decir, con el fin y el resultado de defraudar, de cualquier forma, el derecho de prenda que ostentan los acreedores sobre todos los bienes del deudor. Pues nuestra norma es que todos los actos, cualesquiera que sean, que hubiesen sido realizados en fraude de los acreedores, quedan sometidos a la acción pauliana. Es así, por ejemplo, cuando un deudor ha vendido uno de sus inmuebles -a su precio justo, es cierto-, pero con el fin de sustraer este precio de las actuaciones de sus acreedores, con la complicitad de su adquirente. ¿Podría ser impugnada esta compraventa invocando su carácter fraudulento? ¡No cabe duda de que sí!.

“Hoy, parece que la doctrina de DEMOLOMBE haya sido consagrada por la jurisprudencia. Por un lado, el requisito de insolvencia del deudor, que fue elevad[o] a requisito de admisibilidad de la acción pauliana, tiende a desaparecer progresivamente. Por ejemplo, la acción pauliana se admitió, con independencia de la insolvencia del deudor, cuando este último quiso sustituir un bien fácilmente embargable por valores fáciles de ocultar o hacer desaparecer, como liquidez, o por valores de más difícil aprensión, como participaciones. Por otro lado, el requisito de insolvencia queda pura y lisamente suprimido cuando el acto litigioso comprometió un derecho preferente del acreedor demandante. Así, la jurisprudencia admite la acción pauliana, sin ni siquiera que el deudor se haya empobrecido o vuelto insolvente, cuando la eficacia de un derecho real, cuya titularidad corresponde a su acreedor, haya quedado afectada. Es cierto que, como lo apuntan justamente algunos autores, la jurisprudencia que tempera el requisito de insolvencia del deudor, se desarrolló, sobre todo, para proteger al acreedor que detente un derecho particular sobre el bien objeto del acto fraudulento. ‘En caso de que el acreedor ostente derechos particulares sobre algunos bienes de su deudor, en particular, por la constitución de una hipoteca, el perjuicio puede existir, incluso sin insolvencia del deudor, siempre y cuando se haya demostrado que, mediante el acto fraudulento contra el cual interpuso la acción de revocación, dicho deudor dispuso de sus bienes o redujo el valor de los mismos para impedir o hacer ineficaz el ejercicio de los derechos preferentes que se reservó el acreedor’. Por lo tanto, cuando el acreedor no detenta derecho particular alguno y debe conformarse con el derecho de prenda general sobre el patrimonio de su deudor, debe probar la insolvencia de este último en la fecha en la que se presentó la demanda. Si los bienes del deudor son suficientes para satisfacer al acreedor, este último no puede ejercitar la acción pauliana, salvo si demuestra que el activo restante se compone de bienes inembargables o insuficientes para satisfacer el conjunto de sus acreedores. El acreedor también debe probar que el acto

impugnado se encuentra al origen de la insolvencia del deudor o agravó la situación de insolvencia del mismo. En efecto, cuando la insolvencia del deudor se declara con posterioridad al acto litigioso, la relación causa a efecto no existe entre el perjuicio y el fraude del deudor" (Chazal, Jean-Pascal, "La acción pauliana en Derecho francés", en "La protección del crédito en Europa: la acción pauliana". Barcelona, 2000, Ed. Bosh, págs. 85 a 88; negrillas y subrayas fuera del texto).

En suma, como ya se anticipó, la tesis que se comenta está erigida para operar sólo en ciertos supuestos, sin que, por lo tanto, pueda colegirse que ella, por una parte, proponga la transmutación de la "insolvencia" del deudor por el mero "temor" de su ocurrencia y, por otra, tenga alcances generales, es decir, que apunte a que en todos los supuestos de fraude pauliano, no sea necesario que, como consecuencia del acto o contrato cuestionado, se haya producido el ya comentado desequilibrio patrimonial del deudor.

Por el contrario, como se infiere de las precisiones iniciales y finales contenidas en el análisis anteriormente reproducido, la insolvencia del obligado sigue siendo, en el derecho francés -como en la mayoría de los países-, la regla general y, por ende, requisito indispensable para que pueda reconocerse interés jurídico al acreedor que demanda la revocatoria del acto o contrato celebrado por el deudor en fraude de sus acreedores.

V. El caso *sub lite*.

1. Generalidades

1.1. En la demanda con la que se dio inicio al

litigio, los actores solicitaron que se condenara al banco accionado a resarcirles los perjuicios, patrimoniales y extrapatrimoniales, que éste les ocasionó con el abuso del derecho de litigar en que incurrió, al haber promovido en su contra el proceso ordinario (acción pauliana) en el que solicitó la revocatoria del contrato de compraventa celebrado entre ellos, recogido en la escritura pública No. 230 del 6 de febrero de 1987, otorgada en la Notaría Segunda de Barranquilla, pretextando una inexistente insolvencia del señor Tarud María, y porque en desarrollo del mismo solicitó y obtuvo el decreto de la medida cautelar de registro de la demanda, en los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes a los dos inmuebles objeto de la indicada enajenación.

1.2. La desestimación que de dicha pretensión efectuó el Tribunal obedeció, en síntesis, a que no halló la prueba de ninguno de los requisitos axiológicos de la responsabilidad deprecada, esto es, según sus palabras, de la culpa del banco demandado, del daño experimentado por los accionantes y del nexo causal entre la conducta desplegada por aquél y el perjuicio en relación con el que éstos suplicaron la reparación.

1.3. El recurrente controvirtió dichas tres conclusiones en el único cargo que propuso, como tenía que ser, puesto que como los referidos elementos estructurales son concurrentes, la ausencia de uno cualquiera de ellos impediría el éxito de la acción, de lo que se sigue que era obligatorio para el casacionista desvirtuar aparejadamente la

desestimación que de cada uno y de todos efectuó el *ad quem*.

Dicho deber, el de atacar en su integridad y a un mismo tiempo todas las bases en las que el Tribunal sustentó su fallo, descarta que la inclusión en la única acusación formulada de reproches relacionados, por una parte, con la violación directa de la ley y, por otra, con su quebranto indirecto, constituya infracción de las reglas que orientan el recurso extraordinario de casación, puesto que cuando la sentencia se apoya por igual en argumentos jurídicos y fácticos, *"nada obsta para que el ataque total pueda hacerse en el mismo cargo con la debida precisión, conjuntando ordenadamente violaciones directas e indirectas, guardándose eso sí la correspondencia necesaria, por que es refulgente que la regla técnica tiene por fundamento el principio filosófico de contradicción"* (Cas. Civ., sentencia del 17 de enero de 2006).

1.4. En tal orden de ideas, pasa la Corte a estudiar las diversas acusaciones según el orden en el que el *ad quem* analizó los señalados requisitos axiológicos de la acción.

2. El factor de imputación.

2.1. Como ya se reseñó, el Tribunal entendió que las circunstancias determinantes del criterio de imputación al demandado de la responsabilidad que le atribuyeron los

actores, fueron las siguientes: "a) que el Banco de Bogotá conocía (...) la solvencia del demandante, por lo tanto el ejercicio de la acción pauliana [fue] abusiv[o]; b) que el decreto y práctica de la medida de registro de la demanda fue un acto abusivo; c) que el ejercicio de la acción ejecutiva se inició con una ilicitud, cual fue la falsedad; [y] d) que las medidas cautelares en el proceso ejecutivo fueron excesivas".

2.2. Según señaló el censor, el *ad quem* en relación con cada uno de esos planteamientos, para desestimarlos, en síntesis, expuso:

2.2.1. Frente al primero, que el mero temor a la insolvencia del deudor hace viable que el acreedor reclame judicialmente la revocatoria de los actos por medio de los cuales aquél se desprendió de alguno o algunos de sus bienes.

2.2.2 En lo tocante con la inscripción de la demanda ordenada en el referida acción pauliana, que ella "no fue (...) la generante del daño, sino otra causa, que incluso no fue el embargo".

2.2.3. Respecto de la falsedad del pagaré con base en el que el Banco de Bogotá promovió el proceso ejecutivo que adelantó en contra de Iván Pedro Tarud María, Dislicores Ltda. e Incolsa Ltda., observó que la Corte casó la sentencia condenatoria de segunda instancia dictada en el proceso penal en el que ella se investigó y que, en

consecuencia, no se probó en este asunto, la adulteración de dicho título valor.

2.2.4. Y, finalmente, en cuanto hace al presunto exceso en que incurrió el banco demandado al embargar bienes dentro del referenciado proceso ejecutivo, que esa actuación, al estar amparada por la Constitución y la ley, no envuelve, en sí misma considerada, abuso de su parte.

2.3. En el cargo auscultado, como se aprecia en el compendio que de él se hizo, aparecen combatidos todos y cada uno de los relacionados argumentos.

2.4. Con el propósito de derrumbar el inicialmente esgrimido por el *ad quem* -que la acción pauliana no fue abusiva, porque el temor a la insolvencia del deudor experimentado por el banco la hizo plausible-, el recurrente propuso dos acusaciones:

2.4.1. Denunció el quebranto recto del artículo 2491 del Código Civil, como quiera que, según el genuino sentido del mismo, la razón de ser de toda acción pauliana se encuentra en la insolvencia del deudor, entendida como la notoria o sensible disminución de su activo patrimonial que irroga un perjuicio real, cierto y actual al acreedor demandante por afectar la garantía general con que cuenta para hacer efectivo su crédito, sin que, entonces, la insolvencia pretérita y superada o la futura, esto es, la que se teme que sobrevenga, habilite su válido ejercicio.

2.4.2. Y el quebranto indirecto de esa misma disposición, así como de las restantes invocadas en el cargo, como consecuencia de la preterición de las pruebas con las que se acreditó que el banco, para la época en que promovió el proceso pauliano, tenía conocimiento de la solvencia del señor Tarud María.

2.5. Se sigue al estudio de cada uno de tales reproches.

2.5.1. Respecto del inicial, son pertinentes las siguientes apreciaciones:

a) Como en precedencia se indicó sucintamente, para determinar si la acción pauliana en cuestión fue o no abusiva, el Tribunal señaló que "debe procederse al estudio de los presupuestos plausibles que exige tal acción, especialmente la prueba de si el actor tenía certeza o por lo menos cierto temor respecto de la solvencia del deudor demandado en acción pauliana, para los momentos de la presentación de dicha demandada y dicha prueba corresponde única y exclusivamente al que acusa de ejercicio abusivo del derecho de acción" (se subraya).

Añadió que, "[e]fectivamente, el hecho de existir un proceso ejecutivo entre las partes, unas ventas de bienes y la existencia de otros procesos ejecutivos, que buscaban la persecución de bienes del demandado, hacen presumir un real temor a la insolvencia".

Destacó que "correspondía al demandante en responsabilidad, demostrar que la acción pauliana se efectuó a sabiendas de la solvencia presente del demandado, lo cual, no se realiz[ó], porque la existencia de los embargos persistieron, el no pago de su deuda con el banco se mantuvo y no tenía [por qué] el banco, en ese momento procesal, tener certeza de que contaba con otros bienes. Los hechos mostraban si no insolvencia en sí mismos, las circunstancias apuntaban a vislumbrar un temor a la insolvencia y ese temor es suficiente para legitimar el ejercicio del derecho y solicitar de la administración de justicia medidas conservativas legalmente permitidas" (se subraya).

En tal orden de ideas, concluyó que "no se demostró ni dolo ni culpa en el Banco de Bogotá" en el momento del ejercicio de la acción pauliana; que es el momento en que debe establecerse el elemento doloso o abusivo de derecho, y no posteriormente a ello".

b) Con el propósito de desentrañar el verdadero sentido de las apreciaciones del Tribunal que en precedencia se dejaron esbozadas, es indispensable destacar, así parezca superfluo hacerlo, que ellas fueron aducidas por esa Corporación para resolver el proceso de responsabilidad civil extracontractual sometido a su conocimiento y, más exactamente, para determinar si la acción pauliana fue o no abusiva, por lo que es dentro de ese contexto que deben interpretarse.

De igual manera, se torna necesario memorar que el sentenciador, cuando se refirió de manera general sobre el abuso del derecho de litigar, señaló que "la parte que actúa en el proceso con temeridad o mala fe, será responsable de los perjuicios que cause a la otra o a terceros intervinientes" (se subraya); que "[s]e debe tener en cuenta que la interposición de acciones judiciales, no significa por sí sol[a], que se configure la teoría del abuso del derecho y, consecuentemente, que se produzca indemnización de perjuicios" (se subraya); y que "el ejercicio legítimo de un derecho, cuando quiera que no haya un propósito doloso o culposo, no debe tenerse como fuente de responsabilidad", lo que ocurre, entre otros supuestos, cuando en el demandante existe el convencimiento intrínseco de que "está provisto de la verdad, del derecho, pero, por razones procesales o sustanciales, no sale triunfante en sus pretensiones".

c) Si ese fue, se reitera, el escenario en el que el sentenciador de segunda instancia expuso los razonamientos que ahora se analizan, es dable inferir que con ellos, esa autoridad no pretendió definir los elementos estructurales de la acción pauliana y, mucho menos, evaluar si se cumplieron, en la que el banco adelantó en contra de los aquí demandantes.

El objetivo de esos planteamientos no fue otro que establecer si el ejercicio de la pretensión revocatoria por parte del banco correspondió a una actuación temeraria, con miras a determinar si, en consecuencia, se cumplía o no, en la

acción de responsabilidad civil por abuso del derecho de litigar, el requisito axiológico relativo a la existencia de un factor o criterio de imputación, para el caso la temeridad o mala fe, criterio que aplicó el *ad quem*, no obstante que en ciertos pasajes de su fallo se refirió, de manera general, a una conducta dolosa o culposa.

En el marco de esa perspectiva fue que el Tribunal, con apego a que como en el momento en el que se inició el proceso por fraude pauliano, Iván Pedro Tarud María, por una parte, había traspasado a la sociedad Iván Tarud y Compañía S. en C. unos bienes de su propiedad; por otra, no había solucionado el crédito que el mismo Banco de Bogotá le cobraba en un proceso ejecutivo; y, adicionalmente, sus bienes eran perseguidos cautelarmente por otros acreedores, en diversos procesos de similar linaje, estimó que era posible admitir que la preocupación de la entidad aquí demandada por una insolvencia del citado deudor era fundada, temor que hizo "plausible" el ejercicio de la acción pauliana.

d) Con otras palabras, el Tribunal aseveró que la señalada percepción desvirtuó la temeridad en el planteamiento de la indicada controversia; y no, que la posible insolvencia del deudor, torne válido el ejercicio por parte del acreedor de acciones de ese linaje.

e) Equivocada fue, por consiguiente, la lectura que del fallo de segunda instancia efectuó el recurrente, toda vez que, como con antelación se coligió, el

Tribunal no se ocupó de identificar los requisitos que sustancialmente son propios de la acción pauliana y, menos aún, señaló como tal la eventual insolvencia del deudor.

f) Colofón obligado de lo precedentemente expuesto, es que la acusación que ahora ocupa la atención de la Corte -infracción recta del artículo 2491 del Código Civil-, se cae por su base, puesto que pese a que es cierto, como a espacio se analizó en capítulo IV de estas consideraciones, que solamente cuando, como resultado de la celebración de un acto o contrato, el deudor provoca o incrementa su estado de insolvencia, el acreedor así perjudicado puede, mediante el ejercicio de la correspondiente acción pauliana, reclamar la revocatoria de dicho acto o contrato, también lo es que la censura partió de una premisa falsa, como fue que el Tribunal sostuvo la tesis jurídica consistente en que el mero temor de la insolvencia del deudor habilita el válido ejercicio de la acción pauliana, lo que, según se ha señalado, no ocurrió.

g) En suma, el reproche auscultado no está llamado a acogerse.

2.5.2. Se memora nuevamente que el recurrente, además de haberle endilgado al *ad quem* el yerro jurídico atrás desechado, lo censuró por su falta de apreciación de las pruebas que acreditaban que el banco, al promover la acción pauliana, actuó de manera temeraria, puesto que para ese momento era de su conocimiento que el señor Iván Tarud María, no obstante haberse despojado de los bienes sobre los

que versó la referida acción revocatoria, conservó otros que garantizaban suficientemente el pago de la acreencia que entre ellos existía.

Al respecto, el censor puso de presente, entre otras apreciaciones, que el banco, en el proceso ejecutivo que adelantó contra Iván Tarud María, Dislicores Ltda. e Incolsa Ltda., solicitó múltiples cautelas, las que relacionó; que "según los peritos del juicio pauliano, lo embargado tenía un valor *diez veces mayor* que el crédito cobrado"; que se "inventó lo de la insolvencia de Iván Tarud"; y que "no pudo sino admitir después que en rigor no hubo la insolvencia que con énfasis anunció en su demanda pauliana", al aseverar "que el deudor se había colocado *'en un estado grave de insolvencia económica que le impide pagar sus obligaciones'* (hecho séptimo de tal demanda, folio 86 del cuaderno 12)".

Más adelante, el impugnante precisó que la apreciación del Tribunal, consistente en que "no le parecía doloso, ni siquiera culposo, el actuar del Banco", obedeció a que "pretermitió toda la secuencia procesal que tanto del proceso ejecutivo como [d]el pauliano quedó relatad[a] atrás", es decir, se debió a los "gravísimos errores de hecho" en que incurrió, "al no ver todas y cada una de aquellas probanzas, que una a una fueron detalladas en párrafos anteriores".

Para dilucidar este ataque, es del caso señalar:

a) En el proceso ejecutivo atrás identificado,

el Banco de Bogotá, por intermedio del apoderado judicial que lo representó, en escritos entregados el 12 de junio de 1987 al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, que conoció del mismo, solicitó las siguientes medidas cautelares en relación con bienes que denunció como de propiedad del demandado Iván Pedro Tarud María y/o de todos los ejecutados:

- El "embargo y secuestro de los dineros que a cualquier título" tuviesen los accionados "en las sucursales, agencias y oficinas de los Bancos que funcionan en la ciudad de Barranquilla y en todas las oficinas [p]rincipales, [s]ucursales y [a]gencias de todos los bancos legalmente establecidos en el país".

- El embargo y secuestro del inmueble de propiedad de Tarud María "consistente en un local [c]omercial distinguido con el número 2-223 del Gran Centro, situado en la Cra. 53 # 68B-125" de Barranquilla, que identificó además por sus linderos, "[c]on matrícula inmobiliaria N° 040-0076510".

- El "embargo y secuestro de las cuotas de interés social" que el precitado señor tenía "en las sociedades DISLICORES LTDA. -DISTIL-, INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LOS SAUCES -INCOLSA LTDA.- y SUPER MERCADO EXTRA LTDA., todas con domicilio principal en esta ciudad", así como en "la sociedad PARQUE-PISOS LIMITADA", al igual que de "las utilidades, dividendos,

intereses, créditos y demás beneficios que le correspondan (...), en su condición de socio" de las tres primeras.

- El "embargo y secuestro del remanente que llegue a quedar y de los bienes que lleguen a desembargarse" en los procesos ejecutivos de "DISTRIRON contra DISLICORES que se adelanta en el Juzgado Doce Civil del Circuito de esta ciudad" y de "LOURDES PÉREZ GARCÍA contra IVÁN PEDRO TARUD MARÍA en el Juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad".

- El embargo y secuestro de los vehículos automotores con placas RE-6068, RE-2785, RC-8067, RD-3305, RD-6259 y LK-8475.

b) Todas esas medidas fueron decretadas por la mencionada oficina judicial, mediante auto del 30 de junio de 1987.

c) Las referidas cautelas se materializaron así:

- Mediante oficio No. 2756 del 16 de julio de 1987, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla informó al juzgado de conocimiento, la inscripción del embargo ordenado respecto del inmueble atrás relacionado, medida que aparece registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-0076510, según el certificado que se arrimó a esos autos, el 3 de julio de 1987

(anotación 013).

- Según comunicación del 22 de julio de 1987, el Banco Tequendama informó que "el señor IVÁN PEDRO TARUD MARÍA, (...), tiene cuenta corriente en nuestra sucursal de Barranquilla", que ésta procedió "a enviar los fondos de dicha cuenta al Banco Popular" y que "posteriormente remitirá a ustedes el respectivo título".

- A su turno, la Cámara de Comercio de Barranquilla, con misiva fechada el 13 de julio de 1987, informó "que el oficio de la referencia fue inscrito en esta entidad el día 6 de julio de 1987 bajo el No. 2679 del libro VIII".

d) Se practicó en el proceso relativo a la acción pauliana un dictamen pericial, en el que se avaluaron los siguientes bienes cautelados en el ejecutivo que el banco adelantó en contra de Iván Tarud María y de las sociedades Dislicores Ltda. e Incolsa Ltda., así: la participación del primero en la sociedad Supermercado Extra Ltda., equivalente al 20%, en la suma de \$220.000.000.00; el local comercial No. 2-223 de la "Ciudadela Comercial Gran Centro", ubicada en Barranquilla, de propiedad del mismo señor, en la cantidad de \$15.000.000.00; y la mercancía depositada por la primera de las sociedades mencionadas en Almaviva, correspondiente a 1733 cajas de "Aguardiente Tapa Roja", con 30 unidades de 375 centímetros cúbicos cada una, en cuantía de \$20.702.418.00.

e) En el libelo con el que se dio inicio a la tantas veces mencionada acción revocatoria por fraude pauliano, presentada el 27 de noviembre de 1987, el banco gestor, en el hecho séptimo, aseveró:

"Con la celebración de los actos relacionados en el numeral anterior, cuya revocación persigo con esta acción, el deudor y demandado IVÁN PEDRO TARUD MARÍA se colocó en un estado grave de insolvencia económica que le impide pagar sus obligaciones habiéndose producido un desequilibrio entre el activo y el pasivo patrimonial del demandado, y configurando de tal manera la figura jurídica denominada por los Romanos el 'Eventus Damni'. Cabe observar que el valor comercial de los bienes que fueron objeto de venta y traspaso supera la cuantía de \$30.000.000.00, como se demostrará mediante dictamen pericial, y que el total de activos declarado por el demandado en balance de [m]arzo 31 de 1986, cuya copia adjunto, presentado al Banco de Bogotá, suma \$40.082.977. En su declaración de renta presentada por el demandado IVÁN TARUD en [m]ayo 28/86, cuya copia informal aporé, tomada de la que obra en el archivo del Banco, aparece declarado un patrimonio bruto en Dic. 31/85 por \$37.755.911.00 y un pasivo de \$27.450.000.00.

"Igualmente cabe observar que además de las obligaciones para con el BANCO DE BOGOTÁ, el demandado tiene contraídas muchas otras obligaciones ya vencidas y por vencerse con otras personas; que contra el mismo cursan otros procesos ejecutivos, siendo su pasivo muy superior a su activo patrimonial, por razón de los actos por él realizados en fraude a sus acreedores. Prueba del estado de insolvencia económica del demandado IVÁN TARUD, lo constituye el hecho de que las medidas cautelares pedidas y decretadas en el proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de esta ciudad, han resultado inefectivas e inconducentes, como se verificará oportunamente" (se subraya).

f) Valorados en conjunto los elementos de juicio especificados, es viable concluir que para el momento en el que se inició la acción pauliana (27 de noviembre de 1987), su promotor, el Banco de Bogotá, tenía pleno conocimiento de que en cabeza del señor Iván Tarud María estaban radicados diversos bienes y derechos de carácter

patrimonial, habida cuenta de las siguientes circunstancias:

- Los había previamente denunciado como de propiedad de él, para que fueran cautelados en el proceso ejecutivo que le adelantaba y que también dirigió en contra de las sociedades Dislicores Ltda. e Incolsa Ltda. -memoriales de 12 de junio del año citado-.

- El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, que conocía de dicha ejecución, había accedido a tales medidas, lo que hizo mediante auto del 30 de junio del año de que se trata.

- Y militaba constancia escrita en ese expediente de que ya se habían hecho efectivos los embargos ordenados respecto de las cuotas de interés que Iván Tarud María poseía en las relacionadas sociedades (comunicación del 13 de julio de 1987); del local comercial atrás identificado (oficio del 16 de julio de 1987); y del dinero que el mencionado ejecutado tenía en una cuenta corriente del Banco Tequendama, Sucursal Barranquilla (misiva del 22 de julio de 1987).

g) Como quiera que el valor comercial solamente de la participación que el citado señor tenía en la sociedad Supermercado Extra Ltda. y del referido local comercial, esto es, sin tener en cuenta los demás efectivamente embargados, conforme el dictamen pericial que como prueba se practicó en el proceso en el que se

ventiló la acción pauliana, en relación con el cual no se acogió, ni en primera ni en segunda instancia, la objeción que por error grave propuso el mismo banco, era de \$220.000.000.00 y \$15.000.000.00, respectivamente, es ostensible que los bienes que continuaron conformando el activo patrimonial del señor Tarud María después de haber verificado las enajenaciones que fueron cuestionadas en ese litigio, superaban en mucho el valor de la obligación que dicha entidad crediticia pretendía hacer efectiva en el proceso ejecutivo donde, precisamente, esos activos habían sido cautelados.

h) En tal orden de ideas, era pertinente colegir que la insolvencia del señor Tarud María, que se adujo como fundamento cardinal de la acción pauliana, así como la aseveración que se hizo para sustentarla, de que las medidas cautelares solicitadas en el referenciado proceso ejecutivo que cursaba en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla resultaron "inefectivas e inconducentes", fueron afirmaciones no solo infundadas, sino manifiestamente contrarias a la realidad, y que, por lo tanto, la proposición de dicha acción fue un acto temerario del banco, de conformidad con lo previsto en los numerales 1º y 2º del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil.

2.6. El anterior yerro fáctico del Tribunal derrumba sus inferencias relacionadas con la falta de demostración de la temeridad del banco demandado y con la carencia de un factor que permita imputarle la

responsabilidad que por abuso del derecho de litigar se propuso en su contra.

2.7. Siendo ello así, no es necesario estudiar las restantes acusaciones planteadas por el censor en procura de derruir la negativa del *ad quem* a tener por acreditado el señalado presupuesto.

3. El daño.

3.1. En punto de los perjuicios cuyo resarcimiento fue aquí solicitado por la sociedad actora, sea lo primero advertir que el "daño emergente" -pago de honorarios profesionales- y el moral, fueron negados en la sentencia de primera instancia, sin que ella la hubiese apelado.

Por consiguiente, el análisis que en virtud del cargo en estudio le compete a la Corte, se circunscribirá al "lucro cesante" pedido en la demanda, consistente en "las ganancias o beneficios" que la sociedad Iván Tarud y Cía. S. en C. dejó de obtener, como consecuencia de haber perdido "la oportunidad" de "construir las torres de diez (10) pisos que (...) había proyectado y presupuestado".

3.2. Al respecto, inevitable es recordar que en sustento de esa reclamación, en el libelo introductorio, se puso de presente lo siguiente:

3.2.1. En primer lugar, como circunstancias antecedentes, la compra por parte de Iván Tarud María de los lotes de terreno distinguidos con los Nos. 74-89 y 74-125 de la carrera 52 de Barranquilla; el propósito de éste de levantar en cada uno de ellos una edificación de cuatro pisos, para lo cual obtuvo de la Oficina de Planeación de dicha ciudad; licencia provisional; la suspensión de ese proyecto, provocada por la decisión adoptada entonces por el Gobierno Nacional, de impedir la importación de ascensores; la enajenación de esos predios por el citado propietario a la sociedad Iván Tarud y Cía. S. en C.; la adquisición por ésta del lote intermedio, marcado con el No. 74-107 de la misma carrera 52; la modificación del proyecto original, en el sentido de ampliarlo para construir tres torres de diez pisos cada una, que se denominó "TEQUENDAMA I, II Y III"; la iniciación, el 30 de junio de 1987, del proceso ejecutivo que el Banco de Bogotá promovió en contra de Iván Pedro Tarud María y otros; y la inscripción, el 12 de diciembre de ese mismo año, de la demanda por fraude pauliano en los folios de matrícula correspondientes a los dos inmuebles negociados entre los aquí demandantes.

3.2.2. Y, en segundo término, que se expusieron como hechos relacionados con "LA PERDIDA TOTAL DE LA OPORTUNIDAD que tenía la sociedad comanditaria IVÁN TARUD S. EN C., ITAR (...), de construir las tres (3) torres" mencionadas, los que a continuación se sintetizan:

a) Una vez quedó en firme la sentencia de

segunda instancia proferida en el proceso de acción pauliana aquí tantas veces señalado, que confirmó de la desestimatoria dictada por el juzgado del conocimiento, la sociedad Iván Tarud y Cía. S. en C. "se dedicó a preparar y a actualizar los planos y la documentación" relacionada con el proyecto TEQUENDAMA I, II y III, habida cuenta que ella, "desde que compró los tres (3) inmuebles ubicados en la Carrera 52 Nos. 74-89, 74-107 y 74-125, (...)", tuvo el propósito de desarrollar allí el referido proyecto.

b) El 24 de marzo de 1993 "IVÁN TARUD S. EN C., ITAR (...), solicitó a Planeación Municipal de Barranquilla la **REVISIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PLANOS** de la obra tipo comercial que pensaba ejecutar en los inmuebles mencionados en el hecho anterior y conocidos como TEQUENDAMA I, II, y III, y que consta cada torre de parqueaderos subterráneos, locales comerciales -sean para entidades bancarias o comercio- y oficinas, **en DIEZ PISOS DE ALTURA** a partir del nivel del suelo", escrito al que anexó "todos los planos, fotocopias auténticas de las [e]scrituras [p]úblicas, planos de localización, cuadros generales de área, plantas tipo, fachadas y corte de las mismas, en un total de **VEINTITRÉS PLANOS**, que fueron radicados bajo el número **RN-31**".

c) El 30 de junio siguiente, el Director de la indicada oficina respondió la anterior petición y, al efecto, informó que "la filial del Consejo de Monumentos Seccional Atlántico, en sesión efectuada el 15 de junio de 1993 y de

acuerdo a lo consignado en el Acta No. 3 de dicha filial, NO APROBÓ SU SOLICITUD POR LO QUE DEBERÁ SOMETERSE A LO ESTABLECIDO EN EL DECRETO 298/93", que en su artículo 6º estableció que "(...) '[l]a altura máxima para las nuevas edificaciones, cuyos predios están listados en el artículo 4º de este Decreto, será el resultante de retomar la altura mayor de las edificaciones de valor patrimonial contiguo. En el caso de no existir tales edificaciones en los predios vecinos, LOS NUEVOS INMUEBLES PRESENTARAN UNA ALTURA NO MAYOR DE CUATRO PISOS' (...)", límite confirmado luego en el Decreto 654 de 21 de septiembre de 1993.

d) "Se puede apreciar y comprobar el SEGUNDO DAÑO QUE POR CULPA ÚNICA DEL BANCO DE BOGOTÁ con su acción temeraria y de mala fe, con su acción dañosa y gravosa, además de dilatoria y a CONCIENCIA durante el proceso ordinario de Acción Pauliana contra IVÁN PEDRO TARUD MARÍA e IVÁN TARUD S. EN C., ITAR (...), por medio del cual trabaron y sacaron del comercio estos inmuebles ubicados en la Carrera 52 entre calles 74 y 75 donde se iba a desarrollar en los años 1987 y 1988 la construcción de las tres (3) torres llamadas TEQUENDAMA I, II y III, obras que desde ese momento -Noviembre 12/87- fueron FRUSTRADAS por CULPA del BANCO DE BOGOTÁ y seis (6) años después de vencido el demandante en SENTENCIA DEFINITIVA, éste LE IMPIDIÓ, LE FRUSTRÓ, AHORA SÍ EN

FORMA TOTAL, LA REALIZACIÓN DE DICHS
PROYECTOS TEQUENDAMA I, II y III, AL NO PODERSE
CONSTRUIR EDIFICIOS DE MÁS DE C U A T R O (4)
FISOS, CAUSÁNDOLE INMENSOS Y MULTI-
MILLONARIOS DAÑOS ECONÓMICIOS A IVÁN TARUD S.
EN C., ITAR (...)".

3.3. El Tribunal, en relación con "[l]os argumentos de la parte actora, en lo que se refiere al proyecto 'TEQUENDAMA I, II, III'", señaló que "no [son] de recibo por esta instancia, puesto que obedece[n] más a una expectativa, que pueda que haya sido factible en su época, pero que no satisface el concepto de certeza; habida cuenta que no podemos afirmar que necesariamente este proyecto llevaría consigo una aprobación necesaria e inmediata por parte de la autoridad respectiva, es decir, que no es una consecuencia que necesariamente se produciría (hipótesis)"; y más adelante insistió en que "tal hecho constituye una expectativa que solo se encuentra en la esfera volitiva de la parte actora, que puede que tal plan de gestión haya tenido un alto grado de probabilidad, pero no de certeza".

3.4. En frente de esos planteamientos, el censor formuló los cuestionamientos que seguidamente se compendian:

3.4.1. Reprochó al *ad quem* su concepto de que si un constructor tiene prevista la realización de una obra, pero no ha obtenido de la autoridad correspondiente la

licencia definitiva para adelantarla, no puede resultar dañado por las actuaciones de un tercero que le impida su ejecución.

3.4.2. Estimó que si para el propio Tribunal el proyecto "TEQUENDAMA I, II y III" tuvo "un alto grado de probabilidad", no es entendible que hubiese colegido que el daño aquí reclamado carecía de certeza, desatino al que llegó "porque dejó de ver en concreto que el proyecto referenciado reunía circunstancialmente todas las condiciones para ser llevado a la realidad, y que esas particulares connotaciones descartaban que fuera una mera expectativa, o que se tratase de daños apenas eventuales o hipotéticos. En otras palabras, al conjunto de connotaciones del citado proyecto, no le atribuyó lo que objetivamente él representa[ba] y significa[ba], alterando la realidad de las cosas".

3.4.3. Observó que si esa autoridad, al advertir que solamente fue en relación con el proyecto inicial de construir dos torres de cuatro pisos cada una, que los actores obtuvieron licencia provisional de construcción, quiso significar que únicamente a esa idea original de negocio se concretó el daño, es inadmisibile que se abstuviera de acceder a la indemnización reclamada aunque fuera en proporción al mismo, puesto que "[n]i por modo es acertado pensar que por ser un daño inferior, el tribunal sea del criterio que en casos así la solución es absolver al demandado y no dictar la sentencia correspondiente".

3.5. En torno de tales cuestionamientos del recurrente, se establece que ellos no comportan un ataque contundente, ni mucho menos eficiente, para desvirtuar el argumento toral con base en el que el *ad quem* desestimó la ocurrencia del daño cuyo resarcimiento se solicitó en este asunto, esto es, que la construcción de la tres (3) torres de diez (10) pisos cada una, fue sólo una expectativa o posibilidad que no superó la etapa volitiva en los actores.

Si la casación, como reiteradamente lo ha predicado la Corte, es un juicio de legalidad de la sentencia cuestionada que, con estricta sujeción a las falencias que denuncie su proponente, permite establecer si dicho pronunciamiento guarda o no conformidad con el ordenamiento jurídico, característica que, en parte, explica su naturaleza extraordinaria y que, *per se*, descarta su asimilación a una tercera instancia, se infiere que el recurrente debe sustentar cada acusación que formule con indicación puntual y explicación suficiente de las específicas trasgresiones de la ley -sustancial o procesal- en que incurrió el operador judicial al proferir el fallo cuestionado, y exponiendo los planteamientos que sirvan al propósito de demostrar fehacientemente los yerros que se imputen, de donde los argumentos que se esgriman no pueden quedarse en generalizaciones, o afianzarse en la totalidad de lo acontecido en el litigio, o aludir globalmente a lo probado en el proceso, o reprochar en forma abstracta las decisiones adoptadas, o limitarse a presentar la visión personal que el recurrente tenga de la plataforma jurídica y/o fáctica del

litigio.

Así las cosas, ningún poder se avizora en los referidos reproches para ocasionar el quiebre de la sentencia combatida, como quiera que ellos no inciden en la conclusión que dicho pronunciamiento contiene, en el sentido de que el proyecto constructivo aludido era apenas una expectativa, en la medida que, como ya se advirtió, se limitaron a tildar de errada la apreciación del Tribunal relativa a que ningún daño se causa a quien se le impide avanzar en una obra, mientras carezca de licencia definitiva para realizarla; a cuestionar al sentenciador porque, pese a que estimó que el proyecto "TEQUENDAMA I, II y III" era viable, no reconoció el carácter cierto del daño esgrimido por los accionantes; y a señalar que el *ad quem* debió acceder a las pretensiones, por lo menos, en cuanto hace al proyecto original de construir dos torres de cuatro pisos cada una.

3.6. No obstante lo anterior, encuentra la Corte que el recurrente, al referirse al elemento del nexo causal, se ocupó también del daño, lo que resulta admisible por tratarse de uno de los extremos de dicha relación, y allí denunció los errores fácticos que pasan a indicarse:

3.6.1. El Tribunal pasó por alto que los actores eran constructores, porque no vio las pruebas con las que se acreditó, por una parte, que ellos realizaron los proyectos "Cipreses", a través de la sociedad Incolsa Ltda., y "Bello Horizonte"; y, por otra, que ese era el objeto de la sociedad

demandante.

3.6.2. Ignoró los actos realizados por los accionantes en procura de desarrollar el proyecto "TENQUEDAMA I, II y III", así: la adquisición de los terrenos donde se iba a levantar el mismo; la autorización provisional dada a la iniciativa original -construir dos edificios de cuatro pisos cada uno-, otorgada el 18 de mayo de 1984; los planos elaborados tanto en 1984 como en 1987 por Isabel Salcedo y Oswaldo Borrero; las gestiones de que dan cuenta los documentos de folios 98, 114 y 115 del cuaderno No. 6; y la cotización y el contrato para la adquisición de ascensores.

3.6.3. Desconoció que una vez levantada la inscripción de la demanda decretada en el proceso de la acción pauliana, los promotores de este asunto reactivaron el proyecto y elevaron la solicitud tendiente a obtener la licencia definitiva para su construcción, la que les fue negada porque ya no era posible elevar en esa zona edificaciones con altura superior a cuatro pisos.

3.7. Llegados a este punto, es necesario, en primer lugar, reiterar que el daño es todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; en segundo término, recordar que el perjuicio es, si se quiere, el elemento estructural más importante de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, al punto que sin su

ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna; y, finalmente, insistir en que el daño indemnizable, debe ser cierto.

Respecto del perjuicio patrimonial, señala el artículo 1613 del Código Civil que “[l]a indemnización (...) comprende el daño emergente y lucro cesante”; y explica el 1614 de la misma obra, que la primera de esas modalidades, es “el perjuicio o la pérdida” experimentada por la víctima, en tanto que la segunda, es “la ganancia o provecho que [para ella] deja de reportarse”.

Al respecto, la Corte ha puntualizado que *“el lucro cesante ha de concretarse en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia o provecho, que ya devengaba o que habría obtenido la víctima según el curso normal de las cosas o de las circunstancias del caso concreto, y que el citado interés no es, ni puede ser, de naturaleza abstracta, sino que, se insiste, el mismo ha de hacer referencia a la situación concreta y particular de la víctima”* (Cas. Civ., sentencia del 18 de diciembre de 2008, expediente No. 88001-3103-002-2005-00031-01).

Adicionalmente, se debe diferenciar el perjuicio denominado *actual* en contraposición del distinguido como *futuro*, según el momento en el que se le aprecie, que corresponde, por regla, a la fecha de la sentencia. Aquel equivale al daño efectivamente causado o consolidado y éste al que con certeza o, mejor, con un “alto grado de

probabilidad objetiva" sobre su ocurrencia, según expresión reiterada en la jurisprudencia de la Sala, habrá de producirse.

En tratándose del lucro cesante, el *actual* es la ganancia o el provecho que, se sabe, no se reportó en el patrimonio del afectado; y el *futuro* es la utilidad o el beneficio que, conforme el desenvolvimiento normal y ordinario de los acontecimientos, fundado en un estado actual de cosas verificable, se habría de producir, pero que, como consecuencia del hecho dañoso, ya no se presentará.

El lucro cesante actual no ofrece ninguna dificultad en cuanto hace a la certidumbre del daño ocasionado, pues, como viene de explicarse, se trata de la ganancia o del provecho no reportado al patrimonio del interesado, como hecho ya cumplido.

En cambio, en el lucro cesante futuro, precisamente, por referirse a la utilidad o al beneficio frustrado cuya percepción debía darse más adelante en el tiempo, su condición de cierto se debe establecer con base en la proyección razonable y objetiva que se haga de hechos presentes o pasados susceptibles de constatación, en el supuesto de que la conducta generadora del daño no hubiere tenido ocurrencia, para determinar si la ganancia o el provecho esperados, habrían o no ingresado al patrimonio del afectado.

En oportunidad reciente, la Sala reiteró que "[e]n

tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión”; precisó igualmente que “[l]as más de las veces, el confín entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto, considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común (...)”; y recordó que “la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita ‘en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho’, acudiendo al propósito de determinar ‘un mínimo de razonable certidumbre’, a ‘juicios de probabilidad objetiva’ y ‘a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del lucro cesante y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daño en la medida en que obre en autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa

rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido' (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921)" (Cas. Civ., sentencia del 9 de septiembre de 2010, expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01; se subraya".

En palabras de un autorizado expositor chileno, "[n]o sólo es cierto el daño actual o presente, el ya realizado; puede serlo también el futuro, porque lo que constituye la certidumbre del daño, más que su realización, es el hecho de haberse producido las circunstancias que lo determinan. (...). El daño *futuro* es cierto y, por lo mismo, indemnizable cuando necesariamente ha de realizarse, sea porque consiste en la prolongación de un estado de cosas existente -tal el daño ocasionado a una persona por la muerte de otra que la priva de la pensión alimentaria o de los recursos que le daba para subvenir a sus necesidades, una incapacidad permanente que disminuirá para siempre la capacidad de trabajo de la víctima-, o porque se han realizado determinadas circunstancias que lo hacen inevitable, como la destrucción de una cosecha en vías de madurar. Si en tales casos puede ser incierta la cuantía del daño, no ocurre lo mismo con su existencia, ya que dentro de las posibilidades humanas su realización aparece evidente; pero esta incertidumbre no obsta a su reparación, tanto por las razones que dimos,

cuanto porque es preferible apreciarlo en forma aproximada que obligar a la víctima a renovar periódicamente su acción a medida que el daño se vaya realizando" (Alessandri Rodríguez, Arturo. "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, reimpresión de la primera edición, 2011, págs. 156 y 157; se subraya).

Es claro, entonces, que el lucro cesante sufrido por la víctima puede estar constituido por la ganancia o el provecho cierto que dejó de percibir (actual); o por la utilidad o el beneficio que, con un alto grado de probabilidad, esperaba generar y que no habrá de producirse (futuro).

Ahora bien, dada la forma como se solicitó el resarcimiento de los perjuicios que dice haber padecido la sociedad actora, es menester preguntarse qué ocurre cuándo la pérdida experimentada por la víctima no es de una ganancia, provecho o beneficio, propiamente dichos, sino de la oportunidad de obtenerlos? Estos supuestos, como se aprecia, son distintos, no obstante su cercanía y, por ende, son diversos de la real y cierta obtención de una ganancia actual o futura.

La pérdida de una oportunidad atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que

no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable.

Y es que, en tales casos, sin adentrarse la Corte en las disputas doctrinales que controvierten si el debate se debe situar en el requisito de la relación de causalidad o, por el contrario, en el de la certeza del daño, lo cierto es que respecto del sujeto que se encuentra en una situación como la descrita, puede llegar a predicarse certeza respecto de la idoneidad o aptitud de la situación para obtener la ventaja o evitar la desventaja, aunque exista incertidumbre en cuanto a la efectividad de estas últimas circunstancias.

Es el caso, *v.gr.*, del que, como consecuencia de la actuación del agente cuya responsabilidad se examina, no puede continuar en un concurso al que se había inscrito y en el que, de haber avanzado, habría podido llegar a ocupar un cargo público o privado, o a obtener un ascenso, o a ser adjudicatario de un contrato; o de la persona que en virtud de un accidente previo, queda impedida para movilizarse por sí misma y, debido a una falla médica, pierde la oportunidad de superar su discapacidad, al tornarse su afección en definitiva e irreversible; o del demandado en un proceso judicial que es condenado al pago de una suma de dinero y, por descuido de su apoderado, no apela dicho pronunciamiento con el propósito de que sea revocado y de que, en su defecto, se le

absuelva; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y oportuna, pierde la oportunidad de decidir si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una intervención quirúrgica, para solo mencionar algunos de los supuestos más frecuentemente mencionados en la doctrina especializada.

Tras citar numerosos casos de pérdida de una oportunidad, entre ellos, el consistente en que, “[e]ncargado de conducir al hipódromo a un caballo de carreras o a su jinete, y debidamente advertido del motivo del viaje, el transportista, a consecuencia de una tardanza, hace que el caballo no llegue a tiempo para la salida de la carrera; o bien, durante una carrera, la culpa de un competidor o la de un espectador causa la muerte del caballo; el propietario del animal pierde así la probabilidad de ganar el premio”, los hermanos Mazeaud y Tunc se preguntan si “[h]ay que pretender entonces que, en todas estas hipótesis, el daño por el que se pide reparación es puramente hipotético y que, en consecuencia, los tribunales no lo pueden tener presente?”. Seguidamente sostienen que “[e]so sería razonar sin acierto. Las posibilidades que se han perdido no son siempre ‘los castillos en el aire’ de Perrette y de su cántaro de leche. A veces son reales. Ciertamente, la víctima aduce un perjuicio que contenía una virtualidad y eso es lo que hace que el problema no lleve consigo una solución enteramente satisfactoria: sean cuales sean las cualidades del caballo, nadie puede afirmar que habría llegado primero, y por eso no puede reclamar el premio su propietario; pero, al

negarle a ese propietario una suma igual al premio, tal vez se le causa una injusticia; porque nadie puede sostener que el caballo no habría ganado la carrera (...). Pero, como observa muy exactamente LALOU, el perjuicio no deja de ser menos cierto: el caballo tenía una probabilidad de llegar; esa probabilidad es la que ha perdido; y esa probabilidad, en el momento de la carrera, tenía cierto valor, que, aun cuando sea difícil de avaluar, no deja de ser menos indiscutible. Al asumir los gastos de transporte del caballo, el propietario probaba, con eso mismo, que le concedía a esa probabilidad un valor superior a los gastos de traslado. El valor de esa probabilidad, o de las probabilidades similares, es el que deberán esforzarse por evaluar los tribunales". (Mazeaud, Henry y León; Tunc, André. "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1993, tomo I, vol. I, págs. 309 a 312; se subraya).

Precisamente, para diferenciar el lucro cesante de la pérdida de una oportunidad y, a la vez, fijar el lindero que los separa del daño meramente eventual e hipotético, la Corte ha señalado que *"en punto de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, una cosa es la pérdida de una utilidad que se devenía realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener, circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales*

utilidades, porque las mismas son concretas, es decir, que en verdad se obtenían o podían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad; y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad, cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia, y cuya reparación, de ser procedente, cuestión que no deviene objeto de examinarse, debió ser discutida en esos términos en el transcurso del proceso, lo que aquí no aconteció. (...). Por último están todos aquellos 'sueños de ganancia', como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables" (Cas. Civ., sentencia del 24 de junio de 2008, expediente No. 11001-3103-038-2000-01141-01; se subraya).

La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a "la pérdida de una oportunidad" como "la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio" y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la

naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que “[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad (...), por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción.

“En particular, la supresión definitiva de una oportunidad, podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la desventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, fundada e íntima convicción a propósito de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la “ganancia o provecho que deja de reportarse” (artículo 1614 del Código Civil), en ella no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008 [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01) (Cas. Civ., sentencia del 9 de septiembre de 2010, expediente No. 17042-3103-001-2005-

00103-01).

Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales, reiterando aquí lo expresado por la Sala en el fallo precedentemente citado, y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda avizorarse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado. Es decir, en compendio, debe tratarse de oportunidades *razonables*.

Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas.

Adicionalmente, por parte de la doctrina se indica que "debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas *al momento del evento dañoso*" (Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, págs. 110 y 111). Y en relación con este último aspecto, resulta pertinente acudir a la opinión de Geneviève Viney y Patrice Jourdain, quienes señalan que la oportunidad debe existir para el momento en el que se realiza la conducta antijurídica que se imputa al demandado, pues "cuando el demandante no ha intentado su oportunidad en el momento en el que sobreviene el hecho que le impide definitivamente hacerlo, debe, para obtener reparación del daño, demostrar que en dicho momento estaba en capacidad de aprovechar la oportunidad o estar a punto de poder lograrlo. Esta directiva permite excluir la reparación de esperanzas puramente eventuales que no están sustentadas en hechos acaecidos al momento de advenimiento del hecho dañino imputable al demandado (...). La exigencia del carácter real y serio de la oportunidad perdida constituye un correctivo eficaz contra los abusos eventuales de la teoría" (Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice. Les conditions de la responsabilité, L.G.D.J., 3ª edición, París, 2006, ps. 101 y 102).

Sobre esta temática, otros autores foráneos han observado que "[s]i bien lo que daría el carácter de eventual sería la posibilidad de obtener la ganancia o de evitar el perjuicio, hay, por otra parte, una circunstancia cierta: la 'oportunidad' de obtener la ganancia o de evitarse el

perjuicio, y esa oportunidad cierta se ha perdido por el hecho de un tercero, o a causa de la inejecución de una obligación por el deudor. Si la probabilidad hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse. (...). La indemnización deberá ser de la *chance* misma, y no de la ganancia, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta: el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad" (Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil". Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, pág. 179; se subraya), e, igualmente, que "la chance perdida puede variar; pero, para ser ella resarcible, debe necesariamente ser seria, objetiva y ponderable (...); la pérdida de la chance es resarcible cuando importa una 'probabilidad suficiente' de obtener un beneficio económico que resulta frustrado por culpa ajena, no siendo indemnizable si representa una posibilidad general y vaga" (López Mesa, Marcelo J. "Elementos de la responsabilidad civil: examen contemporáneo". Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá; Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2009, págs. 134 y 137; destacado fuera del texto).

3.8. Aplicados los conceptos en precedencia consignados al caso *sub lite*, se concluye la intrascendencia de los planteamientos impugnativos formulados por el recurrente en torno del daño, como elemento estructural de la responsabilidad reclamada, pues así se admitiera que el Tribunal incurrió en los yerros por él denunciados, sería imperioso colegir que la oportunidad de cuya pérdida se

duele la sociedad demandante, no satisface las advertidas exigencias para que pueda considerársele constitutiva de un daño resarcible.

Es que así se acepte que la sociedad actora Iván Tarud y Cía. S. en C. tiene por objeto principal, entre otros, "[l]a compra, venta, construcción, administración y arrendamiento de bienes raíces, urbanos y rurales" (se subraya), como se desprende de la escritura pública en la que consta su constitución y del certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla aportado para acreditar su existencia y representación legal; que ella era la propietaria de los lotes ubicados en la carrera 52 Nos. 74-89, 74-107 y 74-125 de Barranquilla, según aparece en las escrituras públicas Nos. 230, 237 y 348 del 6, 9 y 19 de febrero de 1987, otorgadas todas en la Notaría Segunda de Barranquilla; que mientras el señor Iván Pedro Tarud María fue el titular del dominio de los predios primero y último atrás relacionados, obtuvo licencia provisional para desarrollar en ellos el proyecto que inicialmente concibió y contrató la adquisición de los ascensores que se instalarían en esas construcciones; y que en desarrollo de la idea de construir en los tres inmuebles indicados el proyecto denominado "EDIFICIO TEQUENDAMA PRADO" se elaboraron los planos de folios 153 y 154 del cuaderno No. 2, ambos de marzo de 1987, tales hechos no tienen la envergadura o entidad suficientes para deducir de ellos que, ciertamente, ese proyecto habría de convertirse en realidad, así la actora hubiese obtenido la licencia definitiva para llevarlo adelante,

cosa que, ciertamente, no ocurrió.

En tratándose, a decir de la demandante, de la construcción de tres (3) torres con altura de diez (10) pisos cada una, se echa de menos, para que pudiera avizorarse de manera seria la oportunidad de materializar ese proyecto, entre otros elementos faltantes, la comprobación de que la sociedad Iván Tarud y Cía. S. en C. contaba con los recursos económicos suficientes y/o con la financiación que garantizara la ejecución de la obra; tampoco se acreditó la realización de ningún estudio de factibilidad económica y, mucho menos, de la viabilidad de su comercialización, pues lo que existía era apenas un anteproyecto; no existe evidencia de la realización de los estudios técnicos que todo proyecto de construcción exige, tales como los relativos a los análisis de suelos, los diseños de ingeniería, los cálculos estructurales, etc.; independientemente de las inquietudes que pudieran existir respecto de los efectos de la inscripción de la demanda, tampoco existe siquiera un bosquejo de lo que sería el reglamento de propiedad horizontal que necesariamente se requeriría en una obra de esa envergadura; y, finalmente, pero no menos importante, no se puede desconocer que la autorización provisional de 18 de mayo de 1984 para la construcción de dos (2) edificios de cuatro (4) pisos, por una parte, fue concedida a Iván Tarud María como persona natural y no a la sociedad en comandita simple cuyos perjuicios son objeto del estudio por parte de la Corte, y, por otra, tenía una vigencia de seis (6) meses que expiraron con bastante anticipación a la época en la que se

realizó la inscripción de la demanda a la que se ha hecho alusión repetidamente en este proceso.

En suma, no se encuentra acreditado en el proceso que para la época en la que se presentó el proceso ordinario por fraude pauliano y se materializó la inscripción de la demanda en los folios de matrícula de los inmuebles de propiedad de la demandante, la oportunidad de realizar el proyecto tantas veces referido reuniera las condiciones de seriedad, idoneidad y razonabilidad a que se ha hecho referencia anteriormente y que harían de esa oportunidad frustrada un daño resarcible.

Es ostensible, entonces, que las circunstancias de que la demandante fuera la propietaria de los predios en cuestión, de que a solicitud suya se hubiesen elaborado unos planos arquitectónicos que distan mucho de contener en forma definida el ideado proyecto y de que ella hubiese pedido a Planeación Municipal de Barranquilla el otorgamiento de la licencia definitiva, no configuran una genuina oportunidad, en el sentido atrás precisado, cuya pérdida derivó en que la mencionada sociedad no alcanzara a obtener la ganancia que aquí persigue como indemnización.

3.9. Colofón del análisis que antecede es que, independientemente de las razones en las que el Tribunal soportó su conclusión sobre la inexistencia del daño, la Corte, en el supuesto de casar su fallo y de actuar en sede

de segunda instancia, no podría arribar a una inferencia diferente, aunque fincada en los fundamentos atrás explicitados, lo que determina que la acusación en este punto no está llamada a buen suceso.

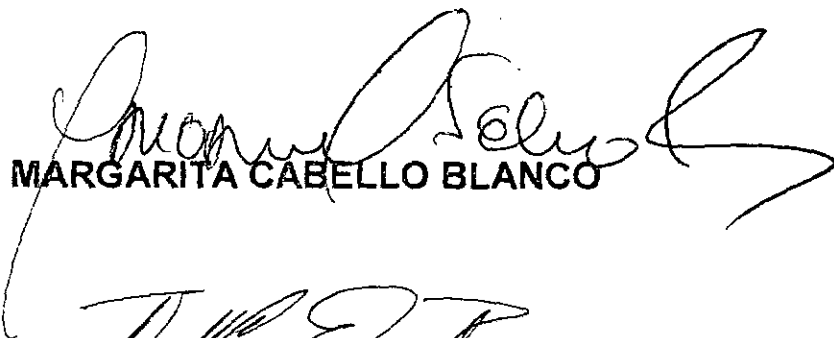
4. Ahora bien, si como ya se dijo, los elementos que estructuran la responsabilidad civil extracontractual son concurrentes, el fracaso de la censura en cuanto concierne con el daño determina que el cargo, en general, corra igual suerte y que, por lo mismo, no haya lugar a casar la sentencia impugnada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 2 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil - Familia, dentro del proceso ordinario que se dejó plenamente identificado al inicio del presente proveído.

Costas en casación a cargo de sus proponentes. Se fija como agencias en derecho la suma de \$6.000.000.00, toda vez que la demanda con la que se sustentó dicho recurso extraordinario fue replicada en tiempo por la parte demandada. La Secretaria practique la correspondiente liquidación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



MARGARITA CABELLO BLANCO



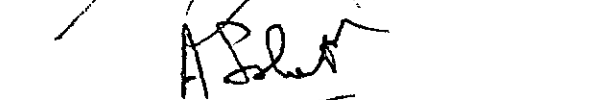
RUTH MARINA DÍAZ RUEDA



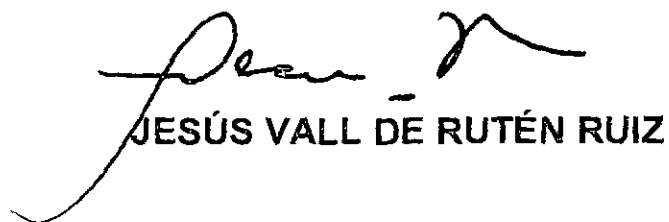
FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ



JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ