República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado ponente

SC4280-2020
Radicación n.° 76001-31-03-008-2014-00222-01
(Aprobado en sesión virtual de tres de septiembre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020).-

La Corte decide el recurso extraordinario de casación que la sociedad demandante, **OLIVEIRA ZAMBRANO LTDA. EN LIQUIDACIÓN**, interpuso frente a la sentencia proferida el 5 de agosto de 2015 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso verbal que adelantó contra el **BANCO DE COLOMBIA S.A.**

ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En la correspondiente demanda se solicitó:

1.1. Declarar civilmente responsable a la entidad financiera convocada por haber retenido tres certificados

fiduciarios expedidos por la Fiduciaria del Estado por valor de mil quinientos millones de pesos, los cuales le fueron entregados, únicamente, para respaldar créditos adquiridos por la accionante.

1.2. Ordenar pagar a la demandada, como consecuencia de lo anterior, los perjuicios causados a la reclamante, tasados en la suma de trescientos tres millones setecientos veintiún mil setecientos sesenta y seis pesos ($303.721.766), con la respectiva actualización monetaria e intereses moratorios[1].

1.3. Condenar en costas a la enjuiciada.

2. **La causa petendi**

En sustento de las mencionadas súplicas se indicó:

2.1. La demandante otorgó a favor de la demandada dos pagarés por mil trescientos millones de pesos y doscientos millones de pesos, con vencimientos el 28 y el 29 de junio de 1997, respectivamente.

2.2. Para garantizar el pago de los créditos contraídos única y exclusivamente por la sociedad Oliveira Zambrano Limitada, (y no de otras personas naturales y/o jurídicas), ella entregó al banco accionado tres certificados fiduciarios por valor de mil quinientos millones de pesos, expedidos por

[1] Bajo juramento, el demandante estimó la indemnización pretendida en la suma de mil ciento ocho millones ciento treinta y siete mil doscientos veinticuatro pesos.

la Fiduciaria del Estado, en relación con el fideicomiso denominado *"Patrimonio autónomo Oliveira Zambrano Lote 12"*.

2.3. Una vez cancelados los mencionados pagarés, la convocada negó la devolución de los tres certificados dados en garantía, con el argumento que Oliveira Zambrano Limitada era deudor solidario *"en operaciones de terceros"*.

2.4. El anterior proceder llevó a que la sociedad accionante no pudiera utilizar las garantías fiduciarias en otras operaciones de crédito, y a que de esa forma se le causara perjuicios materiales, entre ellos, su posterior disolución y liquidación[2].

3. **La actuación procesal**

3.1. El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, a quien fue repartida la demanda, la admitió mediante auto del 5 de agosto del 2014[3].

3.2. Notificada la demandada, por conducto de apoderado judicial procedió a contestarla, mediante escrito en el que se pronunció sobre cada uno de los hechos, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y excepcionó de mérito *(i) "Prescripción extintiva de las acciones que se derivan de la responsabilidad civil contractual ejercida a través de este proceso"*, *(ii) "Inexistencia de obligaciones incumplidas,*

[2] Folios 415 a 419 del c. 1.
[3] Folio 426 del c. 1.

inexistencia de culpa y de responsabilidad", (iii) "A nadie le es dado alegar su propia culpa como fuente de derechos y exposición imprudente al riesgo por el demandante", (iv) "Culpa exclusiva de la víctima", (v) "Bancolombia no le ha causado daño, ni perjuicios de carácter patrimonial a la sociedad Oliveira Zambrano Ltda. Tampoco es responsable de los presuntos perjuicios que reclama en la demanda"; (vi) "Carencia del derecho sustancial" y *(vii) "Carencia absoluta de fundamento real y jurídico en las pretensiones del demandante y en general, cualesquiera otra excepción del mismo linaje (genérica o innominada) que llegare a configurarse o demostrarse en el curso del proceso"*[4].

3.3. La primera instancia culminó con fallo del juzgado del conocimiento dictado en audiencia del 18 de marzo del 2015, que declaró probada la excepción de prescripción extintiva de la acción y condenó en costas a la parte vencida[5].

3.4. En virtud de la apelación que interpuso el extremo accionante y la adhesiva de la contraparte, el Tribunal *(i)* revocó el fallo del *a-quo* en lo que se refiere a la prescripción extintiva, y en su lugar; *(ii)* negó las excepciones planteadas, en razón de no haberse probado la responsabilidad contractual de Bancolombia S.A.; *(iii)* desestimó las súplicas de la demanda; *(iv)* condenó en costas de la instancia a la accionante; e *(v)* impuso sanción a la sociedad demandante,

[4] Folios 447 a 466 del c. 1.
[5] Folios 506 a 508 del c. 1.

consistente en pagar a favor del Consejo Superior de la Judicatura la suma de $55.406.861[6].

LA SENTENCIA DEL *AD QUEM*

Sus argumentos son, en compendio, los que a continuación se relacionan:

1. El Tribunal comenzó con lo relativo a la prescripción de la acción, frente a lo cual dijo que interpretando los hechos en que se fundamentó la excepción, no cabe duda de qué la parte demandada eligió el término extintivo de la acción ordinaria de veinte años (vigente para la época de los acontecimientos), cuando señaló como *dies a quo* el 30 de diciembre de 1996, pues no de otra manera se explicaría que indicara esa calenda y no la de entrada en vigencia de la Ley 791 de 2002.

Así las cosas -precisó ese juzgador-, que la mencionada defensa está condenada al fracaso, porque entre el 30 de diciembre de 1996 y el 21 de abril de 2014 (fecha de presentación del libelo inicial) transcurrió un poco más de 18 años, aunado a que ese escrito sí tuvo la virtud de interrumpir el fenómeno extintivo.

2. Centrado en determinar si Bancolombia incurrió en responsabilidad civil contractual, por haber retenido en diciembre de 1996 tres certificados fiduciarios expedidos por Fiduciaria del Estado por valor de mil quinientos

[6] Folios 31 y 32 del c.2.

millones de pesos, no obstante que los pagarés 80473 10756 y 8047310757 que con ellos se garantizaron se cancelaron el 30 de diciembre de 1996, el sentenciador de segunda instancia expuso las dos tesis que confrontaban a las partes, así:

2.1. Según el argumento de la parte actora, los certificados de garantía fiduciaria única y exclusivamente fueron expedidos y entregados para respaldar las obligaciones de aquella con el entonces Banco Industrial Colombiano, hoy Bancolombia, y no de otras personas naturales o jurídicas, de allí que al haber pagado las sumas debidas instrumentadas en los pagarés mencionados, aquellos debían ser devueltos, lo cual solo vino a ocurrir el 23 de junio de 1997.

2.2. Bancolombia aceptó que el 30 de diciembre de 1996 se cancelaron los dos pagares atrás mencionados, y que se abstuvo de liberar las garantías en razón a que para esa misma época la demandante le adeudaba el saldo de las obligaciones incorporadas en otros dos pagarés (80470568-9 y 80473112104), en los que Oliveira Zambrano es deudora solidaria junto con la sociedad Chipichape, Proplaza Ltda., Constructora Alpes Ltda., Coopropal, Urgencias San José Ltda., Álvaro Echeverri Valencia, Rodrigo Bernal Molina y Gonzalo de Oliveira.

A partir de esas posiciones encontradas, el Tribunal indicó que, revisado el plenario, en los tres certificados de garantía se podía leer que con ellos se garantizaba el

cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las sociedades Oliveira Zambrano Ltda., Mercadeo y Finanzas Ltda. y Distribuciones Eva Ltda., o por terceros garantizados, y que si esto es así, aflora sin dificultad que no es cierto lo afirmado por la parte actora en su demanda en cuanto a que con dichos certificados no se garantizaron obligaciones de terceros, pues, la evidencia demuestra lo contrario.

El *ad-quem* agregó que de aceptar hipotéticamente que con los tres certificados de garantía fiduciaria no se respaldaron obligaciones de terceros, comportaba decir que las instrumentadas en los pagarés 804700568-9 y 80473112104, no eran obligaciones de terceros sino propias, en razón a que allí la demandante se comprometió como deudora solidaria.

Y como dichos instrumentos no habían sido descargados -precisó el fallador-, los certificados de garantía fiduciaria continuaban siendo garantía de la suma de mil quinientos millones de pesos ($1.500.000.000), de donde era legitimo no entregarlos hasta tanto no se honrara ese monto.

3. Para concluir lo concerniente a la responsabilidad, dicha Sala señaló que, de conformidad con lo expuesto, las súplicas de la demanda estaban condenadas al fracaso, pues no hubo una retención abusiva que constituyera incumplimiento contractual alguno por parte de la sociedad

demandada, sino que ello era viable a la luz de la función de garantía que cumplieron aquellos instrumentos.

4. Por último, en relación con la apelación de la demandada en lo que respecta a la objeción al juramento estimatorio y las sanciones pecuniarias de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso, anotó el juzgador de segunda instancia que ante el fracaso de las súplicas de la accionante y la inexistencia de la responsabilidad alegada, cabe decir que la demanda de alguna manera puede calificarse de temeraria, por cuanto se ocultó allí un hecho tan importante como la existencia de otras obligaciones en las que Oliveira Zambrano era deudor y no simplemente garante como lo quiso hacer creer, y además cuando la parte demandada le enrostró tal silencio, calló, pues no descorrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas y no desmintió a su contraparte, conducta procesal que revela la manifiesta intención de mantener en la sombra las verdaderas razones por las cuales los certificados de garantía fiduciaria no se le entregaron por parte de Bancolombia y es que por supuesto eliminaba el incumplimiento y con ello su responsabilidad de tal suerte que aquí se abre paso la sanción a que atrás se ha hecho referencia, de un 5% sobre la suma pretendida que aquí se pidió actualizada, esto es, el valor de $1.108.137.224, operación que arroja una sanción de $55.406.861 a cargo de la parte demandante y a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene tres cargos formulados dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte estudiará en el siguiente orden: primero, tercero y segundo, por versar los dos iniciales sobre aspectos técnicos, y el restante por ameritar una respuesta de fondo.

Es conveniente indicar, adicionalmente, que el presente recurso de casación se planteó en vigor del Código de Procedimiento Civil, por lo que en atención a la regla de aplicación de la ley procesal en el tiempo, establecida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el canon 624 del Código General del Proceso, el estatuto procesal de referencia será, para los efectos pertinentes, el señalado inicialmente.

PRIMER CARGO

En este se tilda la sentencia confutada de violar directamente, ante su falta de aplicación, los artículos 95, numeral 1° de la Constitución Política, 830 del Código de Comercio, 65, 2417, 2426, 2488, 2489 del Código Civil, y 38 y 50 de la Ley 1116 de 2006.

En desarrollo del cargo, el recurrente señala lo siguiente:

1. Hubo abuso del derecho abierto, consciente y manifiesto del Banco de Colombia S.A., cuando de un lado recibió el valor de los pagarés 8047310756-0 y 8047310757-1, garantizados con los certificados de garantía fiduciaria 07, 08 y 09, y del otro retuvo estos últimos, bajo el pretexto de que la demandante era deudora solidaria de otros pagarés, distinguidos con los números 804700568-9 y 80473112104.

2. En el derecho de las obligaciones emerge el principio, según el cual, la prenda como obligación accesoria (esto hasta antes del artículo 3° de la Ley 1676 de 2013) está atada a una obligación principal concreta, y no es posible usarla indistintamente para amparar cualquier deuda existente entre el mismo acreedor y deudor, por lo que extinguida por pago la obligación garantizada con el empeño, la garantía no puede desplazarse para comprender otras deudas entre las mismas partes.

3. La razón de ser de la prohibición de extender la prenda a obligaciones distintas de aquella para la cual se constituyó, debe buscarse más allá de las relaciones entre acreedor y deudor prendario, y situarse en el ámbito del patrimonio del deudor como prenda general de todos los acreedores, pues, si permitiera el sistema el traslado de la prenda de una obligación a otra, dejaría de ser contrato accesorio para convertirse en principal.

En la aplicación de este principio que ata la prenda a la obligación principal que le sirve de sustento, prima el interés general, porque de admitirse el traslado de la prenda de una obligación a otra sin restricciones, se verían lastimados los derechos de los demás acreedores.

Igualmente, si se permitiera el desplazamiento irrestricto de la prenda de una obligación a otra entre el mismo acreedor y el mismo deudor, perdería este el derecho a hacer la imputación del pago, como preceptúa el artículo 1655 del Código Civil: *"Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere."*

4. El citado principio general aparece nítidamente en varias normas del sistema (artículos 95, numeral 1° de la Constitución Política, 830 del Código de Comercio, 65, 2417, 2426, 2488, 2489 del Código Civil, y 38 y 50 de la Ley 1116 de 2006), que son aplicables al presente caso, porque al ser la fiducia en garantía un contrato atípico, se debe acudir a la ley civil por mandato de los artículos 2° y 822 del estatuto de los comerciantes.

5. Así las cosas, la regla del artículo 2417 del Código Civil, que dice: *"No se podrá **retener** una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan"*, fue violada directamente por el Tribunal, por falta de aplicación, en cuanto prohíbe expresamente al acreedor que ha sido

satisfecho en su deuda retener la prenda para el servicio de otra deuda a favor del mismo.

El contrato de prenda (principal hasta antes de la Ley 1676 de 2013) otorgaba al acreedor el derecho de retención hasta tanto fuera satisfecho en la obligación accesoria. Pero permitir que el acreedor retenga la prenda para garantía de cualquier deuda, convierte el contrato de prenda en accesorio y otorga al acreedor el derecho de retención convencional, lo que es ajeno al sistema, en tanto implica hacerse justicia por su propia mano y dejar a los demás acreedores del mismo deudor al margen de la garantía del pago de sus acreencias.

Que el derecho de retención tiene fuente en la ley y no en la voluntad de las partes, aparece ratificado no solo en el artículo 2417 del Código Civil, sino en el 2489 *ibídem*, justamente al regular relaciones entre acreedor y deudor establece que *"Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del* ***derecho de retención que le concedan las leyes****; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores"* (resaltado intencional).

La creación de un derecho de retención convencional para cualquier deuda, abandonado tan solo al antojo del acreedor y al margen de la ley, viola el artículo 2488 del Código Civil, norma de carácter imperativo; además, la

reprobada constitucionalmente por el artículo 95 de la Carta Política y legalmente en el artículo 830 del Código de Comercio, dejados de aplicar por el Tribunal.

6. En el presente caso, el Banco de Colombia S.A. decidió conservar los certificados 07, 08 y 09, violando el artículo 2426 del Código Civil, que prohíbe la retención de la prenda por créditos distintos al que dio lugar a ella, esto es, a la obligación principal que le sirvió de fuente.

Ese precepto regula expresamente las únicas y exigentes condiciones para que el acreedor pueda mantener el empeño, esto es, "*si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1. Que sean ciertos y líquidos. 2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda. 3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior*".

De acuerdo con la confesión del demandado al contestar los hechos 2° y 6° de la demanda, una de las obligaciones por las cuales el Banco de Colombia S.A. dijo justificar la retención abusiva, fue constituida el 18 de abril de 1994 (pagaré **80470568-9),** mientras que las garantías fiduciarias se otorgaron mediante la expedición de los certificados 07, 08 y 09, lo que ocurrió los días 14, 22 y 27 de septiembre de 1994, es decir, cinco meses después.

Dicho abreviadamente, la obligación a la que la entidad crediticia pretendió trasladar la garantía no es

posterior a la expedición de los Certificados de Garantía, sino anterior, por lo cual no se cumple la exigencia del numeral 2° del artículo 2426 del Código Civil.

En lo que atañe al otro pagaré al cual el Banco de Colombia S.A. pretendió trasladar la garantía fiduciaria (el número 8473112104, otorgado el 30 de diciembre de 1996), este solo se hizo exigible el 30 de abril de 1997, lo que implicó que no podía servir de fundamento para *"retener"* los referidos certificados, porque el numeral tercero del artículo 2426 del Código Civil, dispone que no cabe la retención de la prenda hecha por el acreedor sino para obligaciones que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior, en este caso, previo al 30 de diciembre en 1996.

7. La homologación entre la garantía fiduciaria y la prenda reside en la aplicación de varias normas: el artículo 65 del Código Civil, y los cánones 38 y 50 de la Ley 1116 de 2006. Y a propósito de la asimilación entre acreedores prendarios y tenedores de certificados fiduciarios de garantía, hay conceptos de la Superintendencia Financiera. Además de todo lo anterior, las reglas de la prenda son aplicables a la fiducia de garantía por mandato de los artículos 2° y 822 del Código de Comercio.

8. El Tribunal dio por probado con la inspección judicial realizada a las instalaciones de Bancolombia S.A., que la retención de los tres certificados de garantía fue legítima, por cuanto los pagarés 804700568-9 y

80473112104 no habían sido descargados para el momento de tal *"retención"*.

Pero no obstante esa apreciación, la retención es injustificada totalmente, toda vez que el pagaré 80473112104 no era exigible cuando se produjo la retención, lo que únicamente ocurrió el 30 de abril de 1997. Se violó así el numeral 3° del artículo 2426 del Código Civil, regla que establece que no se puede retener la prenda por obligaciones que no se hayan hecho exigibles.

En lo que respecta al pagaré 804700568-9, se trata de una obligación contraída el 18 de abril de 1994, es decir, anterior al crédito por el cual fue constituida la prenda, por lo cual, se infringió la segunda regla del artículo 2426 *ibídem.*

9. El tono moral de las relaciones internas en el Banco de Colombia se expresa en la consulta hecha por María Alexandra González, Gerente de la Banca Empresarial, al vicepresidente Jurídico de esa entidad, y la respuesta dada a la misma, que expresan el abuso de posición dominante y la indolencia de la entidad financiera ante la situación de un deudor que ha honrado la palabra y sus compromisos.

Y el abuso del derecho se expresa en la contestación de la demanda, en la que el Banco de Colombia admite que *"liberó los certificados de garantía fiduciaria Nos. 007, 008 y 009 a consecuencia del convenio celebrado el 17 de marzo de 1997 y porque el patrimonio autónomo representado por la*

Fiduciaria del Estado expidió un nuevo certificado de garantía el día 18 de julio de 1997, señalado con el No. 031 OZ por valor de $700.000.000.00.".

Este convenio que debió celebrar el demandante presionado por las circunstancias dominantes en que lo colocó Bancolombia, ratifica de éste modo el abuso cometido por el Banco de Colombia, pues admite que retuvo Certificados Fiduciarios de garantía por valor de mil quinientos millones de pesos ($1.500.000.000), los que luego cambia por una garantía de solo setecientos millones de pesos ($700.000.000), lo que desvela que además de la carencia de fundamento legal para la retención, se incurrió en exceso.

Entonces, aun dando por cierto que el Banco podía retener los certificados, que estaba autorizado para hacerlo, es patente su responsabilidad por exceso en la retención, en tanto retuvo valores por una deuda ajena que era menos de la mitad de lo retenido a pesar de lo cual el Tribunal fue indolente ante el abuso del derecho admitido abiertamente por el Banco de Colombia.

CONSIDERACIONES

1. **Planteamiento general**

El presente cargo denuncia la falta de aplicación, por parte del Tribunal en su sentencia, de normas relacionadas con: la prohibición de abusar del derecho, el carácter

taxativo de los casos en los que puede operar el derecho de retención de un bien dado como prenda, la prohibición de extender la prenda civil a deudas diferentes a la garantizada inicialmente, y la asimilación -en el contexto del régimen de insolvencia empresarial- de la fiducia en garantía a la prenda e hipoteca.

En ese marco, para el adecuado entendimiento de las cuestiones que se formulan en este embate -y también en los otros dos- se requerirá, preliminarmente, de una disquisición sobre la figura de la fiducia en garantía, que es la que está en el centro de lo discutido en este pleito; en segundo orden, se analizará el cargo en los estrictos términos en los que fue planteado; y, por último, se ofrecerán las conclusiones a que haya lugar.

2. **La fiducia en garantía**

Si bien la fiducia en garantía es una institución que remonta sus orígenes al mismo derecho romano (*fiduciae cum creditore contracta*), y que ha logrado gran auge y desarrollo en el derecho anglosajón (*trust*), su aparición en los sistemas jurídicos modernos, de corte continental, no ha estado exenta de controversias que empezaron, por ejemplo, en el ámbito colombiano, con la discusión sobre su ajuste a los principios del ordenamiento jurídico patrio.

Solo después de cierto tiempo, la autoridad de control y la doctrina aceptaron su inserción en el derecho local, bajo el entendido o noción general de que la fiducia en garantía

es el resultado de la confluencia de voluntades, por la cual un fideicomitente le transfiera a una fiduciaria (sociedad legalmente habilitada para el efecto), uno o más bienes que respaldarán una o varias obligaciones, presentes o futuras, contraídas por aquél o por terceros, siendo rasgo distintivo, que los acreedores beneficiarios de la fiducia, pueden solicitar a la administradora del patrimonio autónomo, sin que medie intervención judicial, la realización de los objetos materia del convenio, para el pago de sus créditos.

En ese orden de cosas y sobre la base del concepto general que trae la ley sobre el contrato de fiducia mercantil, artículo 1226 del C. Co., la Sala viene señalando que

> *"La fiducia en garantía es, grosso modo, un acuerdo de voluntades en virtud del cual una persona denominada fideicomitente, quien generalmente es el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el fin de que los administre y, de no ser oportunamente satisfecho el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, proceda a venderlos para honrarlas, razón por la que constituye una típica fuente de pago mediante la realización directa de los bienes por parte del fiduciario que, en línea de principio, descarta, por lo demás, la necesidad de acudir a remates judiciales; no constituye, dada su naturaleza, una garantía real por cuanto no recae directamente sobre los bienes constitutivos del patrimonio autónomo que se conforma, sino un derecho personal o de crédito contra el patrimonio fideicomitido que, por los usos mercantiles, se representa con los certificados de garantía que al efecto se expiden, documentos que lejos de tener una valía jurídica propia y desligada del negocio fiduciario, sirven como medio de instrumentación de los gravámenes constituidos como quiera que dejan constancia de la obligación garantizada y su monto, en aras de que se pueda determinar, en cada caso, el porcentaje de la participación frente al patrimonio creado. Emerge, pues, que la institución analizada configura una especie de caución u obligación accesoria o de seguridad como, verbigracia, la hipoteca, la prenda o la fianza (artículo 65 ibíd), la cual, como las otras, se constituye con el ánimo de amparar la*

obligación que respalda, pero no configura, como tampoco aquéllas, una principal"[7]

Ahora bien, al indagar sobre la naturaleza de la fiducia en garantía, la Corte ha tomado partido (como se advierte del fragmento de la anterior providencia, y en el que enseguida se trasunta de otras más), porque se trata de un derecho personal:

> *"La fiducia en garantía no es, ni da lugar, a un arquetípico derecho real en cabeza del fideicomisario-acreedor, no solo porque en materia de derechos de ese linaje rige – en Colombia- el criterio de numerus clausus –por oposición al numerus apertus- sino también porque el beneficiario de la fiducia mercantil de garantía no goza del atributo de persecución que le es propio a aquellos. Incluso, se debe resaltar que dicho contrato no es causa especial de preferencia –propiamente dicha- sobre los bienes fideicomitidos (art. 2493 C.C.), ni le concede privilegio al crédito garantizado (art. 2494 ib). Por supuesto que el hecho de haber sido catalogada dicha fiducia como garantía o seguridad admisible, para efectos de establecer la cuantía máxima de las operaciones activas que pueden desarrollar los establecimientos de crédito con una misma persona (cupos individuales), no autoriza su calificación como adamantino derecho real (Dec. 2360/93)"*[8].

Y, como secuela de esa naturaleza, también ha destacado esta Corporación, que *"no es posible confundir o entremezclar la fiducia con la prenda o la hipoteca, ya que sólo estas últimas hacen surgir garantías reales, con los atributos que le son propios, como prelación y persecución"*[9].

De manera, entonces, que si bien la fiducia en garantía se erige como una típica caución (obligación que se contrae para seguridad de otra propia o ajena en términos del artículo 65 del Código Civil), no es posible predicar de

[7] CSJ STC de 21 de agosto de 2008, Rad. 2008-00151-01, reiterada en SC6227-2016.
[8] CSJ SC de 14 de feb. de 2006, rad. 1000-01.
[9] CSJ SC de 12 de mayo de 2016, Rad. 1998-01111-01

ella, en principio, la aplicación de las reglas de la prenda o la hipoteca, y mucho menos que alguna de ellas se superponga a los acuerdos logrados por las partes en el contrato de fiducia mercantil, que es un campo gobernado por la autonomía de la voluntad privada, y cuyos vacíos son llenados por "*las disposiciones de la ley comercial, y los asuntos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas*", según lo previene el artículo 1° del Código de Comercio.

Ya lo dijo la Corte: *"la ley precisó el contenido de la obligación del fiduciario: administrar o enajenar los bienes fideicomitidos (art. 1234 ib.), pero no impuso limitación alguna en lo tocante con el propósito de la fiducia, de suerte que este puede ser delineado con libertad por el fideicomitente, desde luego que no en términos absolutos, como quiera que siempre deberán respetarse los límites impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1524 inc. 2 C.C.)*[10].

Además, conviene destacar que el carácter flexible o moldeable que acompaña al contrato de fiducia mercantil en garantía, al permitirse con este, cual se reseñó anteriormente, respaldar con un mismo bien diferentes acreedores y también varias deudas (presentes o futuras), se amplía, hoy en día también, a las garantías mobiliarias de las que trata la Ley 1676 de 2013, al establecer en su artículo 3°, que ellas se constituyen "*... con el fin de garantizar* ***una o varias obligaciones propias o ajenas***,

[10] CSJ SC de 14 de febrero de 2006, Rad. 1999-1000-01.

sean de dar, hacer o no hacer, ***presentes o futuras*** *sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía"* (énfasis a propósito).

En el compendio de las cuestiones generales que afloran sobre la fiducia en garantía, no puede dejar de mencionarse lo concerniente a la ejecución de su cometido por parte de la sociedad fiduciaria (es decir, pagar la deuda o deudas al acreedor o acreedores beneficiarios), cuando de por medio está el trámite de procesos concursales, de reestructuración o de reorganización.

En efecto, puesta de presente la preocupación por no vulnerar el principio de igualdad de los acreedores de una persona incursa en insolvencia, la autoridad con funciones jurisdiccionales para estos asuntos, en materia de sociedades comerciales, determinó que a las sociedades fiduciarias, mientras estuviera en trámite un proceso concursal, les estaba vedado ejecutar los fideicomisos en garantía en pro de los acreedores beneficiarios, de no mediar la previa autorización del juez del concordato. Con esta posición de la Superintendencia de Sociedades, expresada en autos de 18 de diciembre de 1995 (410-6017) y de 4 de junio de 1997 (4103480), se obligó a los acreedores de la concordada a hacerse presentes en el juicio concursal, y se sentó un criterio innovador, soportado en la necesidad de preservar el orden público y desterrar cualquier intento encaminado a convertir a la fiducia en garantía en un instrumento para evadir los procesos concursales y la prelación que la ley da a los créditos.

Lo anteriormente dicho en punto de la ejecución de la fiducia en garantía, vino a ser puesto en texto legal a raíz de la expedición de la Ley 550 de 1999, que en su artículo 17 indicó:

> *"A partir de la fecha de iniciación de la negociación (...) Sin la autorización expresa exigida en este artículo, no podrán (...) constituirse ni ejecutarse garantías o cauciones a favor de los acreedores de la empresa que recaigan sobre bienes propios del empresario, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios...*
>
> *(...)*
>
> *"La autorización para la celebración o ejecución de cualquiera de las operaciones indicadas en el presente artículo, podrá ser solicitada por escrito por el empresario o por el interesado ante la Superintendencia que supervise al respectivo empresario o su actividad; ante la Superintendencia de Economía Solidaria, en el caso de los empresarios con forma cooperativa; y ante la Superintendencia de Sociedades, en los demás casos. La solicitud correspondiente será resuelta teniendo en cuenta la recomendación del promotor y la urgencia, necesidad y conveniencia de la operación, y la autorización será concedida o negada mediante acto administrativo que sólo será susceptible de recurso de reposición.*
>
> *(...)*
>
> *"Los administradores de las sociedades fiduciarias o de los empresarios que actúen en contravención del presente artículo podrán ser removidos por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre la respectiva entidad administrada y, en caso de ausencia de supervisión estatal, por la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de cualquier interesado".*

En coherencia con el anterior precepto, el nuevo régimen de insolvencia, Ley 1116 de 2006, que representa una línea de continuidad de las Leyes 222 de 1995 y 550 de 1999, ratificó las restricciones existentes en materia de ejecución de la fiducia en garantía, pues, también en el artículo 17, se señala que

"A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores (...) la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad (...) ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

"La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso".

Esa misma ley, que si bien impide la ejecución de los contratos de fiducia en garantía en tanto esté en curso del trámite de reorganización empresarial, no deja a los acreedores, en el evento de disolución y de liquidación de la empresa (y consecuente terminación obligatoria del fideicomiso), en la mera condición de quirografarios, pues solo para los fines de la graduación de créditos, en los artículos 38 y 50, asemeja las obligaciones garantizadas a los privilegios que otorgan la prenda o la hipoteca, dependiendo de si el fideicomiso recayó sobre bienes muebles o inmuebles.

En efecto, en dichos preceptos, que en su orden regulan los efectos de la no presentación o falta de confirmación del acuerdo de reorganización y de la apertura del proceso de liquidación, respectivamente, se dice que *"Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o*

hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos".

De ese breve recorrido sobre la fiducia en garantía en el marco de los procesos concursales, y de la forma en la que el legislador especificó su tratamiento y efectos en esas causas, no hay manera de deducir, que el legislador, para todos los efectos haya asimilado la prenda y la hipoteca a aquella garantía, lo cual ocurre, únicamente, con el propósito de realizar la graduación de créditos a la hora de la liquidación y pago a los acreedores.

Un último asunto resta por mencionar, y es el que tiene que ver con los certificados de garantía fiduciaria: Estos documentos, que son expedidos por la sociedad fiduciaria, no son títulos-valores, atendiendo que la ley no los concibe como tales, y de acuerdo con las reglas de la tipicidad cambiaria, propia de estos instrumentos, únicamente los que el ordenamiento les confiere esa naturaleza pueden reputarse como tales y gozar de sus beneficios en el giro ordinario de los negocios.

Así las cosas, al no ser títulos-valores, los certificados de garantía son documentos que no gozan de autonomía y tampoco incorporan, *per se*, el derecho crediticio, con lo que los compromisos y derechos a los que se refieren, deben estar en concordancia con el negocio fiduciario.

Viene bien recordar, una vez más, lo que expuso la Corte en la sentencia de 2008, al decir que la fiducia en

garantía es un derecho personal, *"representado"* con *"los certificados de garantía que al efecto se expiden, documentos que lejos de tener una valía jurídica propia y desligada del negocio fiduciario, sirven como medio de instrumentación de los gravámenes constituidos como quiera que dejan constancia de la obligación garantizada y su monto, en aras de que se pueda determinar, en cada caso, el porcentaje de la participación frente al patrimonio creado"*[11].

Siguiendo los anteriores lineamientos, la Superintendencia de Sociedades ha destacado, igualmente, que

> *"Una de las características de los contratos de fiducia de garantía, es la expedición por parte de la fiduciaria, como vocera del fideicomiso correspondiente, de certificados de garantía a favor del acreedor garantizado, en el cual se indica el valor de la obligación amparada por la fiducia en garantía. Las fiduciarias llevan un registro y control sobre los certificados expedidos. Este certificado no es un título valor, ni un título de crédito, solamente cumple con la función de constancia al acreedor de la garantía que ha sido registrada a su favor, y, por ende, no es constitutivo de las obligaciones garantizadas, ni mucho menos debe tenerse como un requisito para que una fiducia mercantil tenga fines de garantía el que previamente se haya expedido tales certificados de garantía"*[12].

3. **Análisis concreto del cargo**

3.1. Innumerable es el repertorio de providencias en las que la Corte ha tenido la oportunidad de precisar que el quebranto directo de la ley sustancial supone, contrariamente a lo que acontece en los casos de infracción indirecta, que el fallador no desacierta en la apreciación de

[11] CSJ STC de 21 de agosto de 2008, Rad. 2008-00151-01, reiterada en SC6227-2016.
[12] Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-068603 del 11 de junio de 2013.

los medios de convicción, esto es, que no comete errores en la apreciación de los hechos y, por lo tanto, al elegir este camino de acusación, al impugnante en casación no le está permitido formular reparo o apartarse de las deducciones fácticas a las que se llegó en la sentencia censurada.

Por eso, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido insistente en expresar, que

> *"En la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones de la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal"*, pues, *"en tal evento la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas"*[13].

En otras palabras, la adecuada censura que se eleva por la vulneración directa de la ley material, parte de no apartarse, en lo más mínimo, de las conclusiones de la providencia recurrida en el campo de los hechos, porque en sentir de la Corte, la actividad dialéctica o argumentativa del censor no tolera "*separarse, un ápice siquiera, de la quaestio facti, cual y como fue apreciada por el sentenciador, so pena de resultar inidónea la acusación en caso de que ello ocurra*"[14].

El cargo primero de la demanda de casación contraría la anterior regla técnica, porque habiéndose apoyado la decisión del Tribunal en que los tres certificados de garantía

[13] CXLVI, págs. 60 y 61.
[14] Sentencia de 14 de diciembre de 2010, expediente 2002-00047.

fiduciaria respaldaban no solo los pagarés 80473 10756 y 8047310757 (otorgados por la demandante y cancelados el 30 de diciembre de 1996), sino el cumplimiento de otras obligaciones adquiridas por Oliveira Zambrano Ltda. o por terceros garantizados (como las incorporadas en los pagarés 80470568-9 y 80473112104, en los que la accionante se comprometió personalmente como deudora solidaria), el casacionista no podía alejarse de esos parámetros fácticos, para indicar, como lo hizo, que la citada triada de certificaciones solo amparaba los dos pagarés relacionados inicialmente, y que por ello, el *ad-quem* violó las normas sustanciales denunciadas al dejar de aplicar preceptos sustanciales que impiden a los acreedores con garantía real hacer extensiva una garantía prendaria a créditos diferentes al caucionado de forma concreta.

Dicho de modo diverso, si el casacionista seleccionó el camino de la violación directa de la ley, debió atenerse, esto es, no modificar ni un ápice, los razonamientos o inferencias que en el terreno de lo fáctico sacó el Tribunal, con lo cual no le era dado, por supuesto, mostrar desacuerdo con la consideración probatoria relativa a que dichos certificados cobijaban obligaciones de Oliveira Zambrano Ltda. y de terceros, entre ellas, dos pagarés insolutos en los que la sociedad accionante militaba como obligada solidaria para con la entidad financiera demandada.

El defecto técnico, por supuesto, que no es de poca monta, ya que el recurrente edifica su censura jurídica

acerca de la injustificada extensión de la garantía e indebida retención de los documentos expedidos por la sociedad fiduciaria, a partir de la base consistente en señalar que los tres certificados de garantía cubrían una obligación específica y principal, representada en los dos pagarés que se solucionaron el 30 de diciembre de 1996, lo cual es bastante diferente a lo que en el campo de los hechos estableció el Tribunal.

3.2. El cargo es a su vez inaceptable desde la perspectiva de lo técnico, porque en su planteamiento introduce medios mixtos. En efecto:

Si bien la doctrina de la Corte ha dado suficiente claridad en que la acusación fundada en el quebranto directo de normas sustanciales autoriza al recurrente para proponer todos los argumentos que sean eminentemente jurídicos; ello no significa el otorgamiento de una patente para que la censura sea la oportunidad para traer extremos no planteados en la demanda, o para que mezcle elementos novedosos, conocidos como *"medios mixtos"*, proscritos en casación.

Lo anterior viene al caso, porque para justificar que el Tribunal violó normas materiales -por falta de aplicación- sobre el **abuso del derecho** y de la **posición dominante** (materias que no fueron objeto de la pretensión formulada, al invocarse la responsabilidad civil de la demanda por la retención injustificada de tres certificados de garantía fiduciaria que solo cobijaban obligaciones contraídas por la

demandante y no por terceras personas), el recurrente introdujo en casación planteamientos novedosos atinentes a las pruebas, no hechos valer en las instancias del juicio. Por ejemplo, cuando hizo referencia a la consulta efectuada por María Alexandra González, Gerente de la Banca Empresarial, al Vicepresidente Jurídico de esa entidad, y la respuesta dada a la misma, que de acuerdo con la exposición del casacionista expresan el abuso de la posición dominante y la indolencia de la entidad financiera convocada.

Es, en esa misma línea, que en varios fallos la Sala ha indicado:

> *"Así las cosas, es forzoso colegir que el advertido hecho corresponde a un medio nuevo, inadmisible en casación, sin que para su reconocimiento como tal, sea óbice que el cargo auscultado hubiese sido propuesto por la senda de la violación directa de la ley sustancial, pues como se vio, mirado su contenido, la acusación es mixta. En torno de la alegación de circunstancias fácticas que no fueron debatidas en el respectivo proceso, la Corte ha expresado lo siguiente:* (...) *Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, que nunca serán materia nueva en casación, lo demás, esto es, los planteamientos legales o extremos no formulados o alegados en instancia, son campo vedado al recurso extraordinario... '...Esto no implica que no se pueda aducir en casación argumentos que no se hicieron en instancia, a condición que ellos tengan un carácter puramente jurídico,* ***que no se mezcle ningún elemento de hecho, lo que vale decir que los medios mixtos en que se mezclan elementos de hecho y de derecho no son aceptados en casación****' (XLI bis. Subraya la Sala) ... Por consiguiente, en toda esta materia de las alegaciones jurídicas y de los planteamientos legales relacionados con los hechos y distintos de las razones de puro derecho y de orden público, se da el medio nuevo, pero*

únicamente cuando tales alegaciones no fueron formuladas en instancia (CSJ SC, 22 Jun. 1956, G.J. T. LXXXIII –se destaca)"[15].

3.3. Con prescindencia de las imperfecciones técnicas que el cargo detenta, no está demás señalar que ningún error *in iudicando* se advierte por parte del Tribunal por no hacer actuar en el caso todas las previsiones que disciplinan la prenda civil, por cuanto:

(i) Normas como los artículos 38 y 50 de la Ley 1116 de 2006 equiparan la fiducia en garantía a la prenda y a la hipoteca -según que los bienes materia de garantía sean muebles o inmuebles-, para los exclusivos efectos de la graduación de créditos en procesos concursales o de liquidación, como se explicó en detalle en las consideraciones iniciales de este cargo.

(ii) La fiducia en garantía -no hay duda-, hace parte del género de las cauciones a las que alude el artículo 65 del Código Civil; pero de ahí no es posible inferir la asimilación entre aquella y la hipoteca, porque el fideicomiso en comento es una institución de naturaleza especial, que amén de tener consagradas sus reglas generales en el estatuto mercantil (artículos 1226 a 1244), se rige por los acuerdos a los que llegan las partes, siempre y cuando estos no resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

[15] Mencionado, igualmente, en CSJ, SC 5798 del 9 de marzo de 2014, Rad. n.° 2009-00978-01, y CSJ SC15222-2017.

(iii) Dada su especial naturaleza, para la fiducia en garantía no es posible predicar limitaciones como las consagradas para la prenda civil, indicativas de que el empeño supone siempre una obligación principal a la que accede (artículo 2410 del Código Civil). Por el contrario, la fiducia en garantía puede ser pactada para garantizar **varias** obligaciones, **presentes** y **futuras**, cuestión que, por lo demás, no es ajena a la prenda comercial, donde fruto de concebirse una prenda sin desplazamiento, se dispuso, por ejemplo, en el artículo 1219: *"La prenda de que trata este capítulo podrá también constituirse para garantizar obligaciones futuras hasta por cuantía y por un plazo claramente determinados en el contrato"*.

(iv) Si la fiducia mercantil en garantía puede cubrir o resguardar el pago de obligaciones presentes y futuras -como ha quedado dicho-, ningún desatino en el juzgamiento compete hacer por no subsumirse la situación acá planteada bajo los supuestos del artículo 2426 del Código Civil, relativo a la prenda tácita civil, porque este parte de la base de que entre el deudor y el acreedor existe un solo crédito garantizado realmente, y que la retención de la prenda (que ha supuesto el previo desplazamiento del dueño al accipiens) excepcionalmente se extiende a otras obligaciones entre las mismas partes, pero que no han sido materia de prenda.

4. **Conclusión**

En definitiva, la defectuosa formulación del cargo aunada a las consideraciones que desestiman la alegada falta de aplicación de preceptos sustanciales, conduce a su desestimación.

TERCER CARGO

Viene planteando la violación indirecta del artículo 95, numeral 1° de la Constitución Política, de los preceptos 830 del Código de Comercio, 65, 2417, 2426, 2488, 2489 del Código Civil, y 38 y 50 de la Ley 1116 de 2006, como consecuencia del error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal, al apreciar las pruebas del proceso.

Al sustentar su ataque, el casacionista expresó:

1. Se incurrió en desatino fáctico al no apreciar un cúmulo importante de medios probatorios, demostrativos del abuso de posición dominante por parte del banco demandado, a través de prácticas abusivas.

2. El *ad-quem* pretirió el documento en que consta la consulta hecha por María Alexandra González, Gerente de la Banca Empresarial, al vicepresidente jurídico del Banco de Colombia S.A., que es del siguiente tenor:

expedido por Fiduanglo sobre un predio ubicado en la misma Ciudadela Chipichape que por su extensión (principalmente terreno montañoso) y por no ser urbanizado no resulta ser una garantía muy atractiva para el banco. De dicho endeudamiento $2750MM se encuentran avalados solidariamente por los socios. Uno de los socios de dicha compañía es OLIVEIRA ZAMBRANO Y CIA S. en C. con una participación accionaria sobre la misma del 16.69%. Dicha sociedad tuvo un endeudamiento con el banco por $1.500MM el cual se encontraba garantizado por certificados de fiducia en garantía expedidos por Fiduestado sobre un lote independiente ubicado también en ciudad Chipichape. En la actualidad dicho endeudamiento se encuentra cancelado en su totalidad y el cliente solicita la devolución inmediata de los certificados. Como el banco conoce que la situación de Ciudad Chipichape S.A. es bastante compleja y además ***la garantía que nos ampara dicho endeudamiento no es muy atractiva, solicitamos su concepto para determinar si los certificados de fiducia que amparan las obligaciones de OLIVEIRA ZAMBRANO pudieran ser utilizados en el momento de entrar a un cobro jurídico*** *de las obligaciones de Ciudad Chipichape teniendo en cuenta que dicha compañía es socia y deudor solidario de las obligaciones de la última."* (resaltado adrede).

De haber reparado en ese documento, el juzgador colegiado hubiera concluido que el deudor solidario, Ciudad Chipichape S.A., ya había prestado una garantía fiduciaria para el respaldo de esa deuda, con lo cual surgió como un claro abuso del derecho la retención de los certificados 07, 08 y 09 mencionados.

Del texto del documento analizado emerge, igualmente, que la toma de nuevas garantías surgió de una conspiración consciente de funcionarios del Banco de Colombia S.A., que unilateral y abusivamente determinaron que las garantías prestadas por Ciudad Chipichape S.A (certificados expedidos por Fiduanglo) eran insuficientes, a pesar de tratarse de una operación de fiducia de garantía que ellos mismos admitieron como bastante en el momento en que tomaron los certificados expedidos por Fiduanglo.

En derecho las cosas no son como en este caso operó el capricho de la Gerente María Alexandra González y del Banco de Colombia S.A., pues para un caso semejante, el de la hipoteca, el artículo 2451 del Código Civil establece que *"Si la finca se perdiere o deteriorare, en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminado"*. Es decir, que para reponer la prenda o mejorar la hipoteca por demérito el acreedor debe adelantar el proceso previsto en el numeral 5° del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, y no bastaría el simple concepto temerario de la gerente de cuentas.

3. No apreció el Tribunal la respuesta dada el 17 de enero de 1997 a dicha comunicación por el Director División Jurídica Vicepresidencia Regional Sur, según la cual: *"(...) Por lo anterior los certificados mencionados no pueden ser cancelados ya que la Sociedad Oliveira Zambrano Ltda., tiene vigente la obligación adquirida en el pagaré #8047 0568-9 que se nos adjunta. (...)"*.

Se refiere en este apartado el vicepresidente jurídico al pagaré 8047 0568-9, que estaba amparado por Certificados de Garantía Fiduciaria expedidos por Fiduanglo S.A., previo un avalúo del inmueble, experticia técnica que sirve a todos

los fundadores de certificados para juzgar la suficiencia de la garantía, previa deducción de un margen del 30%. El Banco de Colombia S.A. al aceptar las garantías fiduciarias expedidas por Fiduanglo S.A., estimó que ellas eran suficientes para amparar las deudas de Ciudad Chipichape S.A., de modo que aquella entidad financiera no podía retener abusivamente los certificados 07, 08 y 09 con el deleznable argumento de que la garantía tomada con Fiduanglo S.A. era poco atractiva.

4. Además, no vio el Tribunal la contestación de la demanda, en la que el Banco de Colombia S.A. admitió sin recato que *"liberó los certificados de garantía fiduciaria Nos. 007, 008 y 009 a consecuencia del convenio celebrado el 17 de marzo de 1997 y porque el patrimonio autónomo representado por la Fiduciaria del Estado expidió un nuevo certificado de garantía el día 18 de julio de 1997, señalado con el No. 021 OZ por valor de $700.000.00."*.

Este convenio que debió celebrar el demandante presionado por las circunstancias, ratifica de modo inequívoco el abuso cometido por el Banco de Colombia S.A., pues este confiesa que retuvo los certificados fiduciarios de garantía por valor de mil quinientos millones de pesos ($1.500.000.000), los que luego cambió por uno de setecientos millones de pesos ($700.000.000), desvelando así la carencia de fundamento legal para la retención, y el exceso en el que se incurrió.

Entonces, aun dando por cierto que el Banco estaba autorizado para retener los certificados, lo que es inaceptable es su responsabilidad por exceso en la retención.

5. Si el Tribunal no hubiese omitido el estudio y valoración de estas pruebas, hubiese tenido que concluir que sí hubo abuso del Banco de Colombia S.A. y que por tanto con apoyo en el contrato de garantía no podía retener los certificados de garantía fiduciaria números 07, 08 y 09, y hubiera accedido a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Como quedó expuesto en la síntesis de este embate, el casacionista le endilga al Tribunal la falta de apreciación de dos comunicaciones efectuadas entre directivos de la entidad financiera demandada, con las cuales, se afirma, quedó demostrada la existencia de una garantía fiduciaria previa y suficiente para asegurar el pago del crédito que había adquirido la sociedad Ciudad Chipichape S.A., y el abuso del derecho y de la posición dominante en los que incurrió la accionada al retener los tres certificados de garantía fiduciaria expedidos, únicamente, para garantizar la deuda de Oliveira Zambrano S. A.

2. Sin embargo, el abuso del derecho y de la posición dominante, cuya presencia se pretende evidenciar con dichas cartas cruzadas, traídas ahora como fundamento de la censura en casación, no fue objeto de planteamiento en la

demanda, tampoco en la fijación de los hechos en la audiencia inicial, ni durante los alegatos al cierre de la primera instancia o en la apelación, y menos de ellas se discurrió en la sentencia objeto de esta opugnación.

De esa forma, los hechos a los que se contrae el presente reproche salen presentados en este escenario como medios nuevos que, por lo tanto, no pueden ser materia de análisis, toda vez que tomarlos en cuenta significaría hacer abstracción total de la lealtad que se deben las partes en sus actuaciones procesales, y a su vez de uno de los elementos que hace parte del debido proceso, que consiste en permitir a cada una de las partes controvertir las pruebas y los argumentos expuestos por su contraparte.

3. La limitación que pesa sobre los medios nuevos, ha puntualizado la Sala,

> *"Se traduce de esta suerte en casación como la facultad que tienen las partes de plantear como arma exitosa del ataque sólo las cuestiones fácticas debatidas en las instancias, pues si así no fuera, si se permitiera a través de este recurso la aducción de hechos distintos a los ya controvertidos, la parte favorecida con tal procedimiento sorprendería a la colocada en el otro extremo del litigio, que a tan tardío momento del debate ya estaría desprovista de las herramientas procesales para contradecir. Fuera de eso, tan peculiar procedimiento se convertiría en la fórmula o instrumento del triunfo al servicio de los desleales que, a manera de as, siempre dejarían un último argumento de sorpresa para el final. Solo, pues, los hechos debatidos en las instancias del proceso son valederos para fundar en ellos la expectativa del quiebre de la sentencia, porque los que no son de esta condición se colocan al margen de esta posibilidad, razón por la que se les conoce de la técnica del recurso como medios nuevos"*[16].

[16] GJ CCVIII, n° 2447, pág. 25.

4. El otro segmento de la censura, relativo a la preterición del Tribunal de la confesión de la accionada al contestar uno de los hechos de la demanda, concretamente el décimo, presenta igualmente otro reparo, consistente en su falta de trascendencia.

En efecto, incluso dando por sentado que al responder ese hecho la convocada asintió sobre la liberación de los tres certificados de garantía fiduciaria en cuestión, 007, 008 y 009, a consecuencia de la expedición de uno nuevo, el *021 OZ por valor de $700.000.00.*, lo cierto es que esa prueba no trascendería en el resultado de lo decidido en segunda instancia, porque la responsabilidad civil deprecada con la correlativa indemnización de perjuicios, tienen como causa inmediata, se recordará, la retención indebida de aquella triada de garantías, y no el hecho de haberse convenido por los interesados, para superar sus discrepancias, la constitución de una nueva, mediante un acto jurídico que, por lo demás, no es objeto las pretensiones, y cuya validez no es materia de las súplicas. Diciente es, sobre lo expuesto, el hecho séptimo de la demanda, que expresa la génesis de lo reclamado: *"Al no efectuar la devolución de las garantías fiduciarias, estas no pudieron ser utilizadas por la Sociedad Oliveira Zambrano Ltda., en otras operaciones de crédito, con otras entidades, por lo que se le produjo perjuicios materiales ante la imposibilidad de obtener recursos para sus negociaciones"*[17].

[17] Folio 416 del c. 1.

Lo anterior, sin olvidar, que es discutible colegir la existencia de prueba de confesión de la respuesta ofrecida por la demandada al hecho décimo, pues, mientras que en la demanda se aseveró: "*El Banco de Colombia en julio 23 de 1997 devuelve los tres certificados de fiducia previas unas exigencias excesivas cumplidas* ***forzadamente*** *por la Sociedad Oliveira Zambrano Ltda.*"[18]; al contestar, dijo la enjuiciada que "***No es cierto como aparece escrito***", pues, "*El Banco de Colombia hoy Bancolombia liberó los certificados de garantía fiduciaria Nos. 007, 008 y 009, a consecuencia del convenio celebrado el 17 de marzo de 1997, y porque el patrimonio autónomo representado por la Fiduciaria del Estado expidió un nuevo certificado de garantía el día 18 de julio de 1997, señalado con el No. 031 OZ, por valor de $700.000.000.oo.*"[19].

5. Por lo expuesto, entonces, el cargo no se abre paso.

SEGUNDO CARGO

Se acusa la sentencia impugnada por violar, indirectamente, los artículos 95, numeral 1° de la Constitución Política, 830 del Código de Comercio, 65, 2417, 2426, 2488, 2489 del Código Civil, y 38 y 50 de la Ley 1116 de 2006, como consecuencia del error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el contenido literal de los certificados números 07, 08 y 09, que fueron el soporte medular de la decisión.

[18] Folios 416 del c. 1.
[19] Folio 451 del c. 1.

Para fundamentar su acusación, la recurrente expone los argumentos que a continuación se relacionan:

1. En la decisión recurrida se juzgó legítima la retención de los certificados de garantía fiduciaria 07, 08 y 09, porque pese a que admitió que los pagarés cuyo pago aseguraban (8047310756 0 y 8047310757 1) se cancelaron por la demandante el 30 de diciembre de 1996, el Tribunal encontró que Oliveira Zambrano Ltda. era deudor solidario de otras obligaciones.

2. El *ad-quem* tomó literalmente el siguiente aparte de los certificados que alude a los terceros garantizados: *"De acuerdo a las estipulaciones contractuales, el Fiduciario garantizará a los beneficiarios con el bien fideicomitido, acreencias que en ningún caso superen el 70% del avalúo comercial del inmueble transferido, con el fin de que el otro 30% garantice a los acreedores, intereses moratorios, honorarios, costas y comisiones, que pudieren existir ante eventuales incumplimientos del fideicomitente, o de los terceros garantizados"*.

A partir del anterior texto, el Banco de Colombia S.A. justificó la retención de los certificados de garantía 07, 08 y 09, como si ellos ampararan cualquier obligación a su favor, no reparando en que según el tenor literal de la cláusula se cubría solo aquellas referidas a los *"intereses moratorios, honorarios, costas y comisiones, que pudieren existir ante eventuales incumplimientos del fideicomitente, <u>o de los terceros garantizados."</u>* (resaltado adrede).

No observó entonces el Banco de Colombia S.A. y con ello indujo en error al Tribunal, que la disposición interpretada se refiere a tan solo el 30% del valor del inmueble dado como garantía, ya que luego del signo de puntuación (,) que separa los dos segmentos o sintagmas de la oración, la cláusula ofrece un significado autónomo, según el cual, el destino del otro 30% es garantizar a "*los acreedores intereses moratorios, honorarios, costas y comisiones, que pudieren existir ante eventuales incumplimientos del fideicomitente, o de los terceros garantizados*".

3. El Tribunal erró gravemente en la lectura de la cláusula, pues creyó ver en ella una garantía total a favor de los "*terceros garantizados*", sin advertir que esa garantía se limitaba al 30% y solo para obligaciones contingentes.

La expresión "*terceros garantizados*" puesta al final del párrafo, alude al 30% como garantía contingente para terceros y solo en caso de incumplimiento, mas no una garantía indiscriminada respecto de cualquier obligación y sin límite de cuantía.

4. El yerro cometido por el juzgador de segunda instancia no es de poca monta, pues a la luz del artículo 2426 del Código Civil, el acreedor solo podrá retener la prenda "*si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1. Que sean ciertos y líquidos*" (subraya intencional).

Además, la cláusula, leída en clave de duda a favor del deudor como manda el artículo 1624 del C.C. y atendiendo a la posición dominante de quienes dictan estas disposiciones, que hoy serían claramente abusivas, limita la garantía a solo las obligaciones contingentes que nunca tomaron cuerpo en este proceso.

5. El Tribunal supuso que la cláusula tenía el alcance de amparar cualquier obligación, presente, pasada o futura en favor del Banco de Colombia S.A., y que inclusive podía garantizar obligaciones contingentes como *"intereses moratorios, honorarios, costas y comisiones, que pudieren existir ante eventuales incumplimientos del fideicomitente, o de los terceros garantizados"*, lo que en verdad es una lectura enteramente errada de la cláusula y que lleva por contera a un desafuero constitutivo de abuso del derecho, al retener los certificados por obligaciones puramente contingentes lo que no está previsto en la constitución de la garantía, ni podía estarlo por contravenir el numeral 1° del artículo 2426 del Código Civil, con sujeción al cual, se puede retener la prenda si el acreedor tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que *"sean ciertos y líquidos"*.

Desde luego que dicha regla es aplicable, porque la fiducia de garantía es un contrato atípico que carece previsiones específicas, lo que llama la aplicación de la ley civil por mandato de los artículos 2° y 822 del Código de Comercio.

No podía entonces el fallador justificar la retención de la prenda basado en créditos por *"intereses moratorios, honorarios, costas y comisiones, que pudieren existir ante eventuales incumplimientos del fideicomitente,* ***o de los terceros garantizados***", como rezan literalmente los tres certificados, pues esas obligaciones contienen créditos que no son *"ni ciertos ni líquidos"*, como exige el numeral 1° del artículo 2426 del Código Civil.

6. De no haber distorsionado el sentido de la cláusula del modo como lo hizo, el *ad-quem* hubiese hallado el abuso del Banco de Colombia S.A, al retener los certificados de garantía fiduciaria números 07, 08 y 09, y habría accedido a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Ha ilustrado la jurisprudencia con bastante insistencia que el error de hecho en la apreciación de las pruebas, para que resulte eficaz cuando se acude a la causal primera prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, necesita aparecer de forma manifiesta, de manera que de su simple observación se establezca que lo concluido en el fallo censurado es contrario a la evidencia de los hechos. Por lo mismo, cuando para su demostración tiene que acudir la censura a sofisticados o novedosos razonamientos sin los cuales el entendimiento no llega a

captar el desatino, se asegura que ahí no hay base o estribo para la prosperidad del ataque en casación[20].

Cabe recordar, adicionalmente, que el desatino fáctico en la ponderación de las probanzas se da, entre otros eventos, cuando se altera la objetividad de la prueba adicionándola o mutilando su real contenido, como si al respectivo instrumento o escrito se le introduce estipulaciones que no tiene, o se ignora las que sí hay[21].

2. Para establecer, en el presente caso, si es verdad que erró el Tribunal en la apreciación de los comentados tres certificados de garantía fiduciaria, como lo asegura el censor, al desfigurar o alterar su contenido objetivo y por esa vía entender que la cobertura inicialmente concebida cubría obligaciones diferentes a las inicialmente adquiridas por la sociedad Oliveira Zambrano Ltda., y frente a terceros en un porcentaje superior al 30% del avalúo del inmueble transferido, la Sala estima conveniente hacer relación de las siguientes piezas obrantes en el proceso:

2.1. Mediante la escritura pública 5363 del 17 de diciembre de 1993, otorgada en la Notaría Trece del Círculo de Cali, se constituyó fiducia mercantil, siendo partes *"el fideicomiso de garantía Ciudad de Chipichape -Fiduanglo- como fideicomitente y la Fiduciaria del Estado S.A. como Fiduciario"*, y beneficiarias *"todas aquellas personas naturales o jurídicas con quienes la sociedad Oliveira*

[20] En ese sentido, puede consultarse, por ejemplo, la sentencia de la Sala, CSJ de 22 de marzo de 1991, GJ CCVIII, pág. 248.
[21] CSJ SC de 16 de diciembre de 1968, GJ CXXIV, pág. 448.

Zambrano Limitada o terceros que esta indique, adquieran obligaciones dinerarias"[22].

2.2. En la cláusula tercera general del contrato de fiducia de garantía, destinada para su interpretación, se consignó que *"El fideicomitente constituye el presente contrato de fiducia mercantil con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que en el futuro adquiera la sociedad Oliveira Zambrano Limitada y a favor de los beneficiarios, obligaciones que constarán en los títulos correspondientes y que harán parte integral del presente contrato, anexando fotocopias debidamente autenticadas de los mismos"*[23].

2.3. En desarrollo del mencionado contrato de fiducia, la Fiduciaria del Estado S.A. emitió el 22 de septiembre de 1994, los *"certificados de garantía"* 007, 008 y 009.

2.4. En el párrafo segundo de cada uno de los *"certificados de garantía"*, se indicó:

> *"Que de acuerdo con las estipulaciones contractuales, el Fiduciario garantizará a los beneficiarios con el bien fideicomitido, acreencias que en ningún caso superen el setenta por ciento (70%) del avalúo comercial del inmueble transferido, con el fin de que el otro treinta por ciento (30%) garantice a los acreedores intereses moratorios, honorarios, costas y comisiones, que pudieren exigir ante eventuales incumplimientos del Fideicomitente, o de los terceros garantizados".*

2.5. En el párrafo siguiente de los *"certificados"*, se relacionó:

---

[22] Folios 199 del c. 1.
[23] Folio 199 ib.

Certificado 007: *"Como conclusión de lo expuesto certificamos al Banco de Colombia que existen suficientes activos en el patrimonio autónomo constituido entre el Fideicomiso Ciudad Chipichape - Fiduanglo- y la Fiduciaria del Estado S.A., para respaldar acreencias asumidas por las sociedades Oliveira Zambrano Limitada, Mercadeo y Finanzas Limitada y Distribuciones Eva Limitada, para garantizar el crédito contraído por la suma de mil cien millones de pesos ($1.100.000.000) moneda corriente, según solicitud de fecha septiembre 14 de 1994 dada por los representantes legales de las mencionadas sociedades. La garantía se hará efectiva en el evento del incumplimiento debidamente acreditado de las obligaciones adquiridas por las sociedades Oliveira Zambrano Limitada, Mercadeo y Finanzas Limitada y Distribuciones Eva Limitada, o por terceros garantizados"*[24].

Certificado 008: *"Como conclusión de lo expuesto certificamos al Banco de Colombia que existen suficientes activos en el patrimonio autónomo constituido entre el Fideicomiso Ciudad Chipichape - Fiduanglo- y la Fiduciaria del Estado S.A., para respaldar acreencias asumidas por las sociedades Oliveira Zambrano Limitada, Mercadeo y Finanzas Limitada y Distribuciones Eva Limitada, para garantizar el crédito contraído por la suma de cien millones de pesos ($100.000.000) moneda corriente, según solicitud de fecha septiembre 22 de 1994 dada por los representantes legales de las mencionadas sociedades. La garantía se hará efectiva en el evento del incumplimiento debidamente acreditado de las obligaciones adquiridas por las sociedades Oliveira Zambrano Limitada, Mercadeo y Finanzas Limitada y Distribuciones Eva Limitada, o por terceros garantizados"*[25].

Certificado 009: *"Como conclusión de lo expuesto certificamos al Banco de Colombia que existen suficientes activos en el patrimonio autónomo constituido entre el Fideicomiso Ciudad Chipichape - Fiduanglo- y la Fiduciaria del Estado S.A., para respaldar acreencias asumidas por las sociedades Oliveira Zambrano Limitada, Mercadeo y Finanzas Limitada y Distribuciones Eva Limitada, para garantizar el crédito contraído por la suma de trescientos millones de pesos ($300.000.000) moneda corriente, según solicitud de fecha septiembre 27 de 1994 dada por los representantes legales de las mencionadas sociedades. La garantía se hará efectiva en el evento del incumplimiento debidamente acreditado de las obligaciones adquiridas por las sociedades Oliveira Zambrano Limitada, Mercadeo y Finanzas Limitada y Distribuciones Eva Limitada, o por terceros garantizados"*[26].

---

[24] Folio 28 del c. 1.
[25] Folio 29 ib.
[26] Folio 30 ib.

3. Pues bien, vistos especialmente en su materialidad los tres certificados de garantía fiduciaria (007, 008 y 009), no se advierte que al apreciarlos el fallador de segundo grado hubiese cometido el yerro fáctico que la censura le enrostra, porque leídos en su conjunto, y no aisladamente, los párrafos segundo y tercero de dichas *"certificaciones"*, en el terreno de la lógica y en el de lo plausible, era posible inferir, como lo hizo el Tribunal, que allí se garantizaban no solo los créditos inicialmente adquiridos (incorporados en los pagarés 80473 10756 y 8047310757) sino también otras obligaciones de las sociedades Oliveira Zambrano Limitada, de *Mercadeo y Finanzas Limitada y Distribuciones Eva Limitada, o de terceros garantizados.*

Y es que, precisamente, la extensión de la garantía a acreencias diferentes a las documentadas en los dos títulos-valores aludidos, es viable colegirla de la parte final del segundo párrafo inserto en cada una de las tres certificaciones, que dice: *"La garantía se hará efectiva en el evento del incumplimiento debidamente acreditado de las obligaciones adquiridas por las sociedades Oliveira Zambrano Limitada, Mercadeo y Finanzas Limitada y Distribuciones Eva Limitada, o por terceros garantizados"*.

Apartado que, valga destacarlo, no fue mencionado por el casacionista en su censura, lo que de ninguna forma es aceptable, porque en la demostración del yerro de facto no es admisible que el censor saque y aísle un pasaje específico del conjunto de lo consignado o declarado en la prueba, para

buscar contradicciones, vaguedades o imprecisiones en ella[27].

Además, si como lo estableció el Tribunal, las otras obligaciones que justificaron la retención de los certificados no correspondían propiamente a obligaciones de terceros, sino a compromisos adquiridos por la sociedad Oliveira Zambrano Limitada, en calidad de obligada solidaria, ninguna manera hay para sostener que la fiducia llegaba, únicamente, al equivalente al 30% del avalúo comercial del inmueble transferido al patrimonio autónomo, pues así se lee en el citado párrafo segundo de las certificaciones: "*Que de acuerdo con las estipulaciones contractuales, el Fiduciario garantizará* ***a los beneficiarios con el bien fideicomitido****, acreencias que en ningún caso superen el setenta por ciento (70%) del avalúo comercial del inmueble transferido...*".

4. Como colofón debe señalarse que, al cotejar las apreciaciones sentadas por el Tribunal con los elementos de convicción incorporados al litigio, particularmente los tres certificados de garantía fiduciaria, no aparece el yerro, por lo menos con la calidad de manifiesto, que achaca la censura, por lo que el cargo no se abre paso.

5. En definitiva, los cargos escrutados no prosperan, por lo que no se quebrará el fallo impugnado y se condenará en costas al recurrente.

[27] En ese sentido puede verse: CSJ, sentencia del 26 de octubre de 1988. T. CXCII, 2431, pág. 237.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del 5 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, en el proceso que se dejó plenamente identificado al inicio de este proveído.

Costas en casación, a cargo de la parte recurrente. Como la demanda con la que se sustentó la impugnación, fue replicada oportunamente por la accionada, se fija como agencias en derecho la suma de $6.000.000.oo.

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

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS