

**Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1994 Octubre 19**  
**Sala de Casación Civil**  
**Sentencia 125**  
**Ref.: Exp. 3972**

**Magistrado Ponente:**

**Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss**

Santafé de Bogotá, D.C., octubre diecinueve de mil novecientos noventa y cuatro.

Se deciden los recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por la sociedad XXX Ltda. contra la corporación XXX de ahorro y vivienda XXX.

Error de hecho. Interpretación de la demanda

Error de hecho en la interpretación de la demanda. Cuando prevalece el amplio poder del juzgador de instancia respecto de esta actividad. Igual sentido: Gaceta Judicial, tomos CXXXIX, página 136; Gaceta Judicial, tomos CLV, página 265, y CLIX, página 161; Gaceta Judicial, tomo CXLVI, página 131.

F.F.: Código de Procedimiento Civil artículo 368, numeral 1º.

Abuso del derecho. Delito. Cuasidelito. Obligación extracontractual. Contratos. Dolo. Culpa. Entidad de crédito. Protección al consumidor. Perjuicio-Legitimación

1. El abuso del derecho en el régimen previsto para los delitos y cuasidelitos civiles.
2. Concepto y fundamento del abuso de dichas prerrogativas
3. El fenómeno conocido como "abuso del derecho" tiene reducido su campo de acción a lo siguiente:
  - a) Servir de fuente de obligaciones extracontractuales;
  - b) No cumple papel alguno cuando se trata del ejercicio de derechos o de facultades emanadas de la contratación entre particulares, y
  - c) No es posible concebir el "acto abusivo" sino en tanto medie una falta personal imputable a título de dolo o de culpa al autor del daño de quien es reclamada la respectiva indemnización.
4. El abuso del derecho como fuente de obligaciones extracontractuales.
5. Distinción entre el "uso" y el "abuso" en ejercicio del derecho.
6. Influencia en todo el ordenamiento positivo respecto a la condena, jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo.
7. Abuso del derecho respecto de la posición dominante de las entidades de crédito. Protección al consumidor en el sector financiero nacional.
8. En sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del "abuso", su existencia de ser apreciada por los jueces en cada caso.

9. Legitimación para exigir el resarcimiento de perjuicios en el evento de que varias personas que han intervenido, sea como beneficiarias o bien como garantes, en una operación crediticia de préstamo hipotecario y se vean afectadas por prácticas incorrectas de la institución prestamista, indicadoras de explotación abusiva de la posición dominante en que ésta última se encuentra.

F.F.: Constitución Nacional artículo 95, numeral 1º, inciso 3º; Código de Comercio artículo 871, Constitución Nacional artículo 1º; Código Civil artículo 1603, Código de Comercio artículo 830; Decreto 1084 de 1981 artículo 7º; Decreto 721 de 1987, artículo 8º; [Decreto 1730 de 1991, artículo 2.1.2.3.9](#); Decreto 663 de 1993 artículo 98, inciso 4º.

### **Violación norma sustancial-Vía Indirecta. Error de hecho y de derecho**

1. El recurso de casación por quebrantamiento indirecto de la ley, no constituye una instancia adicional del juicio en la que tenga cabida un replanteamiento libre e inmediato de la factibilidad litigiosa en orden a obtener su revisión, reajuste o constatación por fuera del marco restringido.

2. Cuando hay, lugar a quebrar la sentencia definitiva que clausura la instancia por error de hecho en la apreciación de la prueba. En que, consiste el error de hecho y de derecho en la apreciación probatoria.

Igual sentido: Gaceta Judicial, tomo CXXXIX, página 240; Gaceta Judicial, tomo CXXXII, página 214.

### **Error de hecho y de derecho. Presunción. Dictamen pericial**

1. Error de hecho y error de derecho en tratándose del dictamen pericial.

2. Presunciones respecto del fundamento de la fuerza probatoria del dictamen pericial, en la perspectiva propia del recurso de casación.

F.F.: Código de Procedimiento Civil artículo 241.

### **Incongruencia**

1. Objeto de la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado.

Igual sentido: Gaceta Judicial, tomo CXXIV, página 144

2. ¿Cuándo se da la aludida causal?

Igual sentido: Casación Civil de 29 de agosto de 1988 y 16 de julio de 1990, ambas sin publicar.

3. Labor que debe realizarse para definir si en verdad determinada sentencia adolece de un vicio de tal naturaleza.

Igual sentido: Gaceta Judicial, tomo LXXV, página 62; Gaceta Judicial, tomos XLIX, página 307, y CCXIX, página 16.

F.F.: Código de Procedimiento Civil artículo 368, numeral 2º.

### **Violación norma sustancial-Vía directa e indirecta**

La violación directa de la ley sustancial implica, por contraposición a la que a su vez es hipótesis propia de la violación indirecta, que por el juzgador no se haya caído en desacierto alguno, de hecho o de derecho, en el manejo de las pruebas y que, por lo tanto tampoco exista reparo para oponer contra los resultados que en campo de la cuestión fáctica haya encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba.

Igual sentido: Casación Civil de 28 de noviembre de 1989 y 13 de febrero de 1992, sin publicar; Gaceta Judicial, tomos CXLVI, página 60 y CCXIX, pág. 260; Gaceta Judicial, CXXXIX, página 52. Ponente:

Carlos Esteban Jaramillo Schloss

### **Tribunal de casación. Juzgador de instancia**

Límite a los poderes de la Corte como tribunal de casación. Distinción entre las atribuciones de los juzgadores de instancia y la función de control que por principio les compete a ese tribunal.

Igual sentido: Casación Civil de 10 de septiembre de 1991.

F.F.: Constitución Nacional artículo 230; Código de Procedimiento Civil artículo 365

### **Casación-Cargos**

No cualquier cargo en casación puede recibirse ni tiene eficacia legal, sino tan solo aquellos que impugnan directamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones mediante ella adoptadas, toda vez que los demás son inoperantes por salirse del marco legal del recurso.

Igual sentido: Gaceta Judicial, 2010, página 563.

F.F.: Código de Procedimiento Civil artículo 368, numeral 1º.

### **Error de hecho. Poder del juzgador. Valoración probatoria**

1. Condiciones que ha de reunir el error probatorio de hecho relevante para los fines del recurso de casación.

Igual sentido: Gaceta Judicial, tomo, CXXX, página 63.

2. Prevalencia del discreto ejercicio de los poderes del juez en el examen de la prueba.

Gaceta Judicial, tomo CXXXIX, página 240.

F.F.: Código de Procedimiento Civil artículo 368, numeral 1º, inciso 2º.

Incongruencia (sentencia sustitutiva)

Eficacia del ataque al cargo relativo a la incongruencia por exceso. El fallo de la Corte como juzgador de instancia se limita a corregir ese error.

---

## **I. El litigio y sus antecedentes**

1. Mediante escrito presentado el día cinco (5) de junio de 1986 y cuyo conocimiento le correspondió por reparto al juzgado 13 civil del circuito de esta ciudad, actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto la sociedad XXX Ltda., compañía de comercio constituida de acuerdo con la ley y domiciliada en Bogotá, entabló demanda contra la corporación XXX de ahorro y vivienda -XXX- con apoyo en circunstancias de hecho que el mencionado escrito relata pormenorizadamente y de las cuales, en obediencia a lo dispuesto en los artículos 303 y 304 del Código de Procedimiento Civil, corresponde hacer la siguiente síntesis:

a) En su condición de empresario social o colectivo en el campo de la construcción y con el fin de obtener los recursos financieros necesarios para adelantar, en un bien raíz de su propiedad ubicado en la XXX y XXX de esta ciudad, la construcción de un edificio denominado "XXX" destinado a la venta de unidades inmobiliarias para vivienda, en 1981 la sociedad demandante acudió a la corporación demandada en solicitud de un préstamo por \$ 105 millones de pesos, préstamo desde luego sometido al principio del valor constante de acuerdo con el cual han de operar por lo general las instituciones de

ese tipo y para cuya tramitación fue necesario realizar depósitos en XXX por cuantía equivalente al 10% del importe total del crédito solicitado, lo que obligó a aquella sociedad a acudir a los servicios de intermediarios en el mercado para conseguir a alto costo los fondos que le permitieran cumplir con esta exigencia;

b) Con fecha 23 de febrero de 1982 y por una suma inferior a la pedida, la demandada le impartió aprobación a la solicitud, aceptando en consecuencia realizar con la sociedad XXX Ltda. una operación de crédito en dinero por \$ 94 millones de pesos en la que la entrega por parte de la corporación se llevaría a cabo en dos etapas, una por \$ 68 millones y la otra por \$ 26 millones, siempre y cuando fueran atendidos nuevos requisitos, entre ellos el de constituir otro depósito por un monto igual al 30% de los \$ 68 millones del desembolso inicial, depósito reajutable "por corrección monetaria" pero no retribuido con intereses para el depositante y que también por cuenta de XXX Ltda. efectuó la compañía XXX Ltda. por \$ 20.399.375;

c) Para instrumentar la operación de crédito aludida, el 23 de septiembre de 1982 la beneficiaria del préstamo y las sociedades XXX & Cía. S. en C., & Cía. S. en C. y XXX Ltda., junto con los señores XXX y XXX, otorgaron a la orden de un pagaré distinguido con el número 1 por 117.763 1920 unidades de poder adquisitivo constante, UPAC, equivalentes en esa fecha a \$ 68 millones y con un plazo de 18 meses para su vencimiento, lo que dio lugar a que en forma simultánea y de acuerdo con procedimientos internos de la corporación, se estableciera un depósito por igual valor a nombre de XXX Ltda. y se emitiera el respectivo certificado del cual ésta última entidad nunca tuvo su tenencia y tampoco ingresaron su patrimonio los fondos materia del mutuo, produciéndose tan solo un movimiento de asientos contables; sin embargo, en los registros de XXX y por lo que toca con el pago de intereses pactados para el plazo, la obligación a cargo de XXX Ltda. se hizo figurar como existente desde el día 23 de septiembre de 1982, fecha de otorgamiento del pagaré según se dejó anotado;

d) Por tratarse de un préstamo hipotecario, el 26 de noviembre de 1982 XXX Ltda. constituyó a favor de XXX la garantía real respectiva sobre el inmueble en que se levantaría el edificio XXX. Sus términos se hicieron constar en la escritura XXX de la Notaría Quinta de Bogotá y al tenor de este instrumento la obligación cubierta se expresó en 113.759.9330 UPAC por ese entonces equivalentes a \$ 68 millones, habida cuenta que como se puso de manifiesto en la cláusula séptima "... XXX abrió en favor de XXX Ltda. un crédito para destinar la suma recibida en calidad de mutuo comercial a la construcción de un edificio...", crédito que se habría de utilizar en dieciocho meses contados desde el 23 de septiembre y no desde el momento en que el contrato de garantía en referencia quedó celebrado. Pero no obstante esto, dice la demanda que al proceso le dio comienzo, "... ocurrió que ni ese 23 de septiembre, fecha de emisión del pagaré a favor de XXX y de creación por parte de esta del CDT por \$ 68 millones a favor de la demandante, ni el día en que esta hipotecó su lote a favor de aquella (noviembre 26 de 1982), ni el de su registro, XXX Ltda. recibió en bloque y en pesos los 117.763.1920 UPAC de los documentos de 23 - 24 de septiembre de 1983, como los 113.759.9330 UPAC del día de la hipoteca, siendo que ni en una fecha ni en la otra XXX tuvo dificultades de disponibilidad de dinero, o por lo menos nunca se lo manifestó a la demandante, y siendo además que ésta, para desarrollar su objeto, acudió a ella en desarrollo del suyo, en procura de los recursos propios del caso...". El primer desembolso vino a hacerlo la corporación el día 26 de enero de 1983 por 5.662.6057 UPAC, equivalentes por esa fecha a \$ 3.5 millones, pero con la circunstancia, que luego se repitió a lo largo de todo el proceso de financiación de la construcción del edificio XXX, de que la sociedad deudora "... para poder recibir dicha cifra, como toda otra posteriormente, fue menester que pagara primero a XXX, es decir, con anterioridad a la fecha de recibo de cualquier suma, otra, pero a título de intereses anticipados con la dicente modalidad de que la tasa del 9% - 9.5% aplicable, se tomó como multiplicador, no de la suma recibida por la actora o presupuestada para serle entregada, sino sobre los 117.763.1920 UPAC o sea los \$ 68 millones que nunca aquella recibió y sobre la cual nunca tuvo disponibilidad alguna. Fue así, entonces, como el conducto para que la actual demandante pudiera recibir los 5.562.6057 UPAC, representativas de los \$ 3.5 millones el día 26 de enero de 1983, fue el pagar antes, los días 28 de septiembre y 23 de diciembre de 1982, la suma de \$ 2.949.226.97 por entonces equivalentes a 5.045.2617 UPAC, según consta en los recibos de XXX ... y en los estados de cuenta de octubre a

diciembre de 1982 y en los que XXX Ltda. figura como deudora de la obligación XXX...", de donde se sigue que esta última, el 26 de enero de 1983, recibió \$ 3.5 millones y para ello tuvo que pagar \$ 2.949.226.97 por concepto de intereses anticipados "...pese a que, hasta ese momento, XXX Ltda. no había recibido un solo centavo por parte de XXX, como tampoco había tenido ni nunca tuvo la tenencia ni disponibilidad el certificado de depósito a término XXX ... ni desde luego de las UPAC que representa, pese a que para entonces había transcurrido más de un año de su solicitud de crédito, la que estuvo acompañada de los depósitos previos exigidos; dos meses de su aceptación así como de la creación del CDT por 117.763.1920 UPAC y de la emisión del pagaré 1 a favor de XXX; aun más tiempo de la creación de los depósitos nuevos por el 30% de aquella cantidad; y varios días de la constitución ... de la hipoteca exigida por XXX, y pese, igualmente, a no existir programa de desembolso y no haber variado la circunstancia en que se dijo otorgar o aceptar el crédito dicho ...";

e) Debido a los mayores costos de la obra en desarrollo y por el tiempo que había transcurrido, el 17 de febrero de 1983 XXX Ltda. solicitó ampliación del crédito y el desenvolvimiento que esta nueva operación tuvo es prácticamente igual al de la primera. El día 3 de mayo de 1983 XXX aceptó la petición, quedando por lo tanto el importe total de la obligación en \$ 94 millones y fijado su vencimiento para 18 meses después de la fecha en que el otorgamiento del préstamo inicial quedó perfeccionado, es decir desde el 23 de septiembre de 1982 hasta el 22 de marzo de 1984. Así, pues, la sociedad hoy demandante y sus codeudores solidarios emitieron un segundo pagaré por 39.331.3667 UPAC equivalentes a \$ 26 millones, el 25 de mayo de 1983, fecha esta en que, como sucedió con la primera fase de la operación, se abrió de acuerdo con procedimientos internos de la corporación un segundo depósito de ahorro reajutable que dio origen al certificado XXX por 39.331.3667 UPAC equivalente a los \$ 26 millones aprobados por concepto de la ampliación solicitada, pero este título tampoco le fue entregado a la sociedad beneficiaria ni ella nunca tuvo disponibilidad efectiva ninguna sobre esos fondos que no salieron de su patrimonio y, menos aún, ingresaron en bloque, luego se trató apenas de una operación meramente contable. Así mismo, por exigencia de la corporación, XXX Ltda. amplió la hipoteca que de conformidad con la escritura XXX de la Notaría 28 de Bogotá quedó cubriendo una deuda adicional por 38.687.0219 UPAC equivalentes ese día a \$ 26 millones. Pasados varios meses, el 18 de noviembre de 1983, XXX Ltda. pidió una segunda ampliación del crédito que la corporación negó según comunicación distinguida con la referencia CDC.046;

f) A partir del 26 de enero de 1983 y hasta el 2 de febrero de 1984, fecha en que se produjo el último desembolso por 11.945.03228 UPAC, XXX Ltda. "... recibió a modo de cuentagotas por parte de XXX" y de acuerdo con el cuadro resumen que como parte integrante de la demanda obra a folio 21 del cuaderno principal, recursos por un valor acumulado de \$ 108.846.433.21 (157.097.1484 UPAC), mientras que los intereses pagados a la corporación ascienden a la suma de \$ 12.458.051.11 (18.607.7647 UPAC), y los desembolsos en cuestión se hacían, previa solicitud de la compañía constructora, mediante memorandos internos de la oficina principal de XXX a la de la XXX en Bogotá, desembolsos en virtud de los cuales se cancelaba el certificado de depósito vigente a la fecha, se le restaba de su importe la suma entregada por concepto del respectivo desembolso efectuado y se expedía un nuevo título por el saldo, advirtiéndose que todos los comprobantes, certificados y títulos, aún cuando tienen la firma de XXX Ltda., la verdad es que esta entidad "... nunca endosó los CDT ni les dio origen por no haber hecho los depósitos respectivos, ni recibió las sumas totales indicadas en esos comprobantes de pago de los certificados, ni mucho menos, estando necesitada de recursos para su obra, pidió que así actuara XXX...", y por lo que concierne a la exigibilidad de las obligaciones cambiarias contenidas en los pagarés 1 y 1A, creados y entregados a XXX para instrumentar la deuda contraída por aquella sociedad, este modo de obrar de la corporación acreedora condujo a que después de un mes y veinte días luego del último desembolso, o sea del 2 de febrero de 1984 al 22 de marzo siguiente, se produjera el vencimiento pactado, quedando el deudor en situación de "mora" no obstante que el plazo del préstamo era a 18 meses, de suerte que la demandante no pudo hacer uso del semestre previsto para llevar a cabo la venta de los apartamentos y, además, por fuerza de la "mora" en que incurrió XXX Ltda., los intereses se reajustaron a la tasa del 14.25% anual sobre el total de UPAC adeudados y convertidos a pesos, sin tener en cuenta para nada las fechas en que se

produjeron las sucesivas entregas de dinero, "... es decir si tenían más de dieciocho meses o no";

g) De común acuerdo entre la sociedad beneficiaria del crédito y la institución financiera que lo concedió, considerando que se trataba de un préstamo puente en cuenta tal destinado a transferirse por partes o "a prorrata" a los adquirentes de las unidades inmobiliarias una vez construidas y terminada la edificación, hicieron la correspondiente distribución y en las escrituras de venta se estipuló que si el valor del crédito concedido al comprador por la corporación fuere inferior a la prorrata asignada, la constructora queda obligada a cancelar dicha diferencia en la fecha de la escritura otorgada. Así, en cada caso se constituyó la respectiva garantía por los compradores que solicitaron financiación y era obligación a cargo de XXX, una vez ocurrida cada cesión parcial de la acreencia hipotecaria general, liberar en la proporción prevista al deudor original, cosa que dicha institución no hizo con la exactitud necesaria, ya que por la forma como liquidó las llamadas "subrogaciones" y la tardanza con que practicó los abonos derivados de las cesiones en mención, la sociedad demandante tuvo que pagar, "...sin que mediara causa jurídica alguna", interés y expensas por cantidad equivalente a 8.911.6136 UPAC que, al decir de la demanda va aumentando a medida que se deteriora el poder adquisitivo del signo monetario nacional;

h) Finalmente, ante las pretensiones excesivas de cobro que dejó consignadas la corporación en carta del 12 de junio de 1984, distinguida con la referencia CA 1574-84, y con el propósito de "...salir de sus tentáculos y obtener un finiquito de sus cuentas", XXX Ltda. propuso varias alternativas para liquidar la operación, entre ellas la de hacer dación en pago de los apartamentos no vendidos, oferta esta aceptada por XXX en carta del 2 de julio de 1985 sobre las siguientes bases: (i) Que el valor total de la deuda pendiente era para esa fecha de \$ 132.356.994.14; (ii) Que el pago correspondiente se haga mediante dación de doce apartamentos del edificio XXX evaluados para el efecto en \$ 66.157.500, y la parte restante, en cuantía de \$ 66.199.494, por las "subrogaciones" que hacían falta respecto de ventas de apartamentos realizadas con mucha anterioridad; y (iii) Que la escritura de dación en pago, para que pueda consolidarse el arreglo, habría de otorgarse indefectiblemente en la primera quincena del mes de julio de 1985. En consecuencia, ateniéndose a estas exigencias y por medio de la escritura XXX de 19 de julio de 1985 autorizada por el notario 28 de esta ciudad, XXX Ltda. le hizo entrega a XXX, a título de dación en pago, de los doce apartamentos acordados y la extinción de la "supuesta" obligación por los restantes \$ 66.199.494.15 -afirma la demanda- se cumplió en el mes de julio de 1985, según consta en cinco notas crédito por un valor de \$ 24.112.934, así como en otras dos posteriores, del 21 de agosto de 1985, distinguidas con los números XXX y XXX que equivalen en moneda corriente a un abono de \$ 140.681.831.13 (147.942.8671 UPAC), luego es evidente en opinión de la sociedad reclamante que XXX, cobrando \$ 132.356.964.15, acabó recaudando de manera indebida \$ 164.794.765.13 que es el total que arrojan los documentos de contabilidad elaborados por la propia entidad acreedora, referidos fundamentalmente a los abonos causados por las "subrogaciones" y la dación en pago tantas veces mencionada.

Resumiendo y en cuanto hace al balance final de la operación después de la liquidada ella por el mecanismo convencional que acaba de describirse, el escrito de demanda que al proceso le dio comienzo, presenta el siguiente cuadro:

1) Valor del Crédito según XXX (Obligaciones XXX y XXX)

\$ 68 millones

+ \$ 26 millones

Total: \$94 millones

2) Pagos efectuados por Constructora XXX Ltda. según recibos expedidos por la demandada.

\$ 12.458.051 por intereses anticipados

\$ 54.009.319 por abonos a subrogaciones

\$ 140.681.931 por dación en pago

Total: \$ 207.149.201

3) Balance (2-1)

\$ 207.149.201

\$ 94.000.000

Total: \$ 113.149.201 que es el importe del total reintegrado por encima del capital prestado, es decir a título de intereses.

O dicho de otra manera, se recibieron \$ 94 millones y se pagaron \$ 207.149.201 que en términos de unidades de poder adquisitivo constante es igual a decir que se recibieron 157.094.1484 UPAC al paso que el deudor restituyó más de 200.000 UPAC, "...resultado que obviamente implica pago sin causa, y la forma en que operó el recaudo conlleva un disfraz de toda la operación real y de su disciplina legal...".

i) Al conjunto de los hechos que se dejan reseñados, la sociedad actora les atribuye una significación jurídica compleja que el mismo escrito de demanda se propone precisar en los siguientes términos: "...6-1. La actitud asumida por XXX en el caso que se deja reseñado, una vez desenmascarada, muestra que contraviene las normas a las cuales debía acatamiento en su condición de corporación de ahorro y vivienda e implica, igualmente, una mera apariencia creada para esconder el negocio o negocios ciertos propios de su objeto social, eludiendo de esa manera el régimen jurídico que le era propio y obteniendo, de contera, grande y aún desproporcionada rentabilidad. 6-2 y XXX, sabiéndose tenedora de títulos ejecutivos ... con garantía real y que en su poder estaba dirigir el rumbo del negocio, abusó de su poder negocial paralizando una obra iniciada, no entregando los dineros material del crédito propio de su objeto, o manejando la operación al retener o simplemente no entregar los certificados de depósito a término que ella misma creara, o demorando injustificadamente, en contrapunteo con su propio compromiso y con las normas pertinentes, las mal llamadas subrogaciones, cargándole así a la hoy demandante gruesas sumas por conceptos ya finiquitados, o exigiéndole a esta determinadas contrapuntaciones (sic) para darle curso al crédito ... o cobrándole a la misma el costo de actos ajenos, como lo fueron los seguros tomados por cada adquirente de apartamentos, o verificando aquellas subrogaciones cuando al fin se decidía a hacerlo, en idioma, por decirlo así, o bien jurídico distinto a aquél que fuera materia del crédito, como que para esos abonos inició la operación matemática correspondiente en pesos y no en UPAC siendo esto y no aquello lo debido, o sencillamente ejerciendo una indebida presión en el negocio, inclusive hasta llegar al punto de condicionar la dación en pago a que la correspondiente escritura se firmara, sin posibilidad alguna de discutir los términos de la misma, en el mes de julio de 1985. 6-3. De modo que esa actuación de XXX se centró en causarle a Constructora XXX Ltda. ingentes daños; ni los honorarios propios del trabajo de construcción del edificio XXX ni utilidad alguna por el mismo concepto recibió la segunda, sufriendo de esa manera un desmedro patrimonial de \$ 14 millones por concepto de honorarios y de \$ 33 millones por la utilidad dejada de percibir. Y es más, la misma irrogó a Constructora XXX Ltda. perjuicios de todo orden que desde luego deben ser indemnizados. Aún dentro de estos, de tipo moral, pues refiero que las dificultades financieras en que quedó colocada ... la llevó a una práctica imposibilidad de emprender otra obra en desarrollo de su objeto social, y que la propia XXX ... ha negado la concepción de otro crédito para el que, indirectamente, esté vinculado el nombre de la Constructora XXX Ltda. por el único motivo de la situación en que ésta quedó por obra y gracia suya, claro que sin parar mientes en toda la gruesa utilidad obtenida a costa de la sociedad hoy demandante...".

En consecuencia, el capítulo petitorio de la demanda presentada da cuenta de varias súplicas principales y sucesivamente subsidiarias, formuladas por XXX Ltda. contra la corporación XXX de ahorro y vivienda XXX, del siguiente modo: A-principales:

1) Que se declare en sentencia que son simulados y sin valor ni efecto alguno los contratos de crédito o de mutuo que dan cuenta los certificados de depósito a término XXX y XXX emitidos por XXX, las escrituras XXX y XXX otorgadas en las notarías 5ª y 28 de Bogotá, y los pagarés 1 y 1A extendidos por la demandante a favor de XXX y que dieron origen a las obligaciones XXX y XXX a cargo de XXX Ltda.

2) Declarar la existencia de los contratos de mutuo en UPAC en la modalidad de corporación a constructor, en las fechas y cuantías en que ciertamente XXX Ltda. fue recibiendo de XXX los pesos que representaban tales UPAC en la medida en que se los fue entregando durante el período que va del 26 de enero de 1983 al 2 de febrero de 1984 según lo indicado en los hechos de la demanda, y que a los referidos contratos en realidad celebrados "...se les aplique el régimen legal pertinente de conformidad con su naturaleza jurídica...", lo que al decir de la actora supone tener una notable variedad de especificaciones y efectos como son la determinación de los plazos de vencimiento, la pérdida y reducción de intereses, la división de las obligaciones contraídas con la corporación y la extinción de las mismas "...con las cuantías de las correspondientes prorratas" en cuanto se fueron otorgando, con la "comparecencia" de XXX, las escrituras de ventas de apartamentos a terceros.

3) Declarar que constituye "pago de lo no debido" y por lo tanto debe serle devuelto a la demandante con intereses moratorios liquidados a la tasa legal comercial desde el 23 de marzo de 1984, "...la cantidad de UPAC que resulte de restar al total de las mismas unidades entregadas por XXX Ltda. a XXX (...) la cantidad que a su vez resultare de la aplicación a la operación aquí declarada real" del régimen legal propio de la misma, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2318 del Código Civil.

4) Condenar a XXX a pagar los perjuicios de todo orden que "...por razón de la simulación decretada..." le ocasionó a la demandante, perjuicios que corresponden a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en cuanto a los de carácter patrimonial, junto con daños morales equivalentes a 1.000 gramos oro "...por el incumplimiento o simple retardo en que quedó la demandante por no haber contado con los dineros que dio XXX o "...bien por el simple deterioro de su buena imagen o nombre comercial..."".

5) Por haberse incurrido en nulidad relativa generada "...por dolo implícito...", decretar la rescisión del acto de dación en pago que efectuara XXX Ltda. según los términos de la escritura XXX de 19 de julio de 1985 de la Notaría 28 de Bogotá, disponiéndose la restitución a su favor de los doce apartamentos y garajes transferidos, siendo entendido que restitución en beneficio de XXX no hay "...por ser inexistente la deuda que se pretendió pagar por ese medio...". B-Subsidiarios.

1) Declarar que XXX incurrió en hecho ilícito o en "abuso del derecho" frente a XXX Ltda. por causa o con ocasión de la solicitud de crédito XXX, como de las obligaciones XXX y XXX "...por haber retenido indebidamente los certificados de depósito que sucesivamente fueron creados por ella teniendo como beneficiaria a la demandante..." y que por ello es responsable de los daños y perjuicios que de todo orden causó, perjuicios cuya identidad señala la demanda del siguiente modo: Por daño emergente:

a) La pérdida patrimonial sufrida por la demandante, en pesos al día del pago, que se representa en el mayor valor dado o entregado a XXX "... frente a una actuación de parte de esta ajustada a derecho...";

b) La pérdida patrimonial consistente en la diferencia entre el valor real de los 12 apartamentos dados a XXX y aquél en que ésta los recibió, y

c) La pérdida de las sumas pagadas en el mercado financiero por la sociedad demandante para procurarse los recursos exigidos por XXX para la tramitación del crédito como para el desembolso del mismo. Por lucro cesante, la rentabilidad dejada de percibir por la actora al no haber contado con los anteriores recursos, calculada dicha rentabilidad a la tasa más alta permitida, desde el 22 de marzo de 1984. Por daños morales, el equivalente a 1.000 gramos oro por el incumplimiento o simple retardo en que quedó la demandante por no haber contado con los dineros que dio XXX o bien por el simple deterioro de su buena imagen o nombre comercial.

2) Declarar inexistentes los contratos de mutuo comercial en UPAC representados en los certificados



XXX y XXX, en las escrituras de hipoteca XXX y XXX de las notarías 5ª y 28 de Bogotá, en los pagarés 1 y 1A, y en los sucesivos certificados de depósito indicados en los hechos de la demanda que fueron otorgados en favor de XXX en beneficio de la compañía demandante.

3) Declarar que los contratos de mutuo comercial indicados, se extinguieron de manera inmediata el día de su creación o nacimiento "...por confusión de las calidades de acreedora y deudora en la misma persona de XXX, en razón de la posesión que desde su inicio e ininterrumpidamente ejerció sobre ellos la demandada, o por el endoso que en propiedad y el día de su creación le hiciera la demandante, en su condición de beneficiaria de los mismos, declarándose en consecuencia, de prosperar esta pretensión o la inmediatamente anterior, que en lugar de los citados contratos existieron otros de fechas, cuantías y modalidades indicadas en la petición segunda principal, aplicándoles el régimen legal que les es propio. Finalmente, "...para cualquiera de todas las peticiones que anteceden..." solicita la sociedad demandante que se le imponga a XXX la obligación de pagar costas en las instancias del proceso.

2. Tramitado el proceso con oposición de la institución financiera demandada y practicadas las pruebas del caso, mediante sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de 1988 el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá le puso fin a la primera instancia en el sentido de negar las excepciones de mérito propuestas por la demandada, negar así mismo las pretensiones formuladas como "principales" en el escrito de demanda y acoger la "primera subsidiaria", declarando por lo tanto que la corporación XXX de ahorro y vivienda y con ocasión de los créditos otorgados, incurrió en abuso del derecho frente a XXX Ltda. e imponiéndole a la primera la obligación de pagarle a la segunda "...el exceso de lo pagado correspondiente a 23.187.7067 UPAC, suma que corresponde a daño emergente, y por lucro cesante los intereses de mora a la tasa legal comercial liquidados sobre ese mismo capital desde el día 13 de febrero de 1985. Por último negó las pretensiones subsidiarias restantes y le impuso a la demandada la condigna condena por costas.

3. Contra esta decisión recurrió en apelación la parte demandada con la posterior adhesión de la parte actora y fue así como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de fecha dieciocho (18) de febrero de 1992, le puso a término a la segunda instancia con los siguientes proveimientos:

1. Revocar la decisión desestimatoria de las pretensiones principales atinentes a la simulación y, en su lugar, abstenerse de resolver sobre su mérito por falta de integración del contradictorio.

2. Confirmar en su parte dispositiva el resto de la sentencia apelada, salvedad hecha de las modificaciones siguientes: Adicionar el punto 4º en el sentido de indicar que el pago de la prestación cuantificada en UPAC podrá hacerse también en pesos colombianos por equivalencia al momento en que dicho pago se lleve a cabo, mientras que el punto 5º atinente al lucro cesante, se reformó en el sentido de señalar que la tasa de interés aplicable sobre los 23.187.7067 UPAC es del 90% anual. Igualmente las costas causadas en segunda instancia quedaron de cargo de la parte demandada.

Inconformes con el fallo del tribunal respecto del cual, valga apuntarlo, uno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión dejó a salvo su voto, ambas partes interpusieron sendos recursos de casación, recursos que hoy corresponde examinar por haberse agotado en la forma debida el trámite que señala la ley.

## **II. Los fundamentos de la sentencia impugnada:**

1. Después de dejar consignada una idea general sobre los hechos que dieron origen al litigio y de dedicarle un número considerable de folios al recuento pormenorizado tanto de las incidencias procesales como de las pruebas recaudadas y los puntos de vista expuestos por las partes a lo largo de las instancias, empieza el tribunal sus consideraciones aludiendo a la competencia ilimitada con la que cuenta para examinar el asunto, puesto que las dos partes apelaron el fallo del juzgado 13 civil del circuito de esta ciudad, y en cuanto al tipo de relación contractual que las vincula, los "impugnados"

—dice la providencia— son negocios de crédito celebrados en desarrollo de la actividad propia de las corporaciones de ahorro y vivienda para financiar a los constructores "... en la creación de vivienda a terceras personas quienes a la postre adquieren las unidades (apartamentos o casa) por compraventa, subrogándose en parte proporcional en la deuda adquirida por el constructor, quedando obligados como nuevos deudores en favor de la corporación, salvo los que pagan el inmueble de contado como es obvio ...", agregando a continuación que dadas las modalidades de estos préstamos, "... siendo vigilados para que los dineros sean invertidos realmente en la construcción y dado que el constructor inicialmente garantiza con hipoteca solamente el lote donde se va a levantar la obra, la corporación que financia va haciendo entregas periódicas hasta completar la cantidad total del préstamo adjudicado. En consecuencia, el constructor financiado no puede aspirar a que el dinero, prestado en unidades de valor constante, sea entregado en un solo bloque como lo pretende la demandante ...".

2. Sentado lo anterior y fijando su atención en las acciones entabladas, dice seguidamente el tribunal que por lo que a la primera concierne, encaminada a obtener la declaración de simulación de varios contratos enlazados entre sí, no puede recibir pronunciamiento de mérito porque falta la integración del *litis consorcio* necesario, habida cuenta que el primero y principal de tales contratos, "...o sea el mutuo contenido en los pagarés 1 y 1A..." aparece suscrito por otras personas distintas de la XXX Ltda. que es la única demandante, y lo cierto es que la solidaridad entre ellas existente "...no da representación...". Las peticiones segunda, tercera, cuarta y quinta presentadas como consecuenciales de la primera principal, han de correr igual suerte "...pues no se podría declarar la validez (sic) de unos mutuos sucesivos y diferentes de los principales cuando estos no han sido declarados simulados, luego debe modificarse el primer aparte de la sentencia apelada en su parte resolutive, declarando la inhibición para conocer de la primera pretensión principal y de todas las demás que le son consecuenciales.

3. Así, pues, pasa a ocuparse la sentencia de la primera pretensión subsidiaria por la cual se le imputa a la corporación demandada haber incurrido en abuso del derecho con daño para la demandante, y luego de aludir al artículo 9º (sic) de la Ley 153 de 1887, al artículo 21 de la Ley 200 de 1936, al artículo 830 del Código del Comercio y a la doctrina científica sobre el tema con referencia al pensamiento de autores extranjeros y nacionales, haciendo de las obras de estos últimos dilatadas transcripciones cuya necesidad es en verdad poco visible, fija las siguientes conclusiones:

1) Que tratándose en el caso de autos de relaciones contractuales regidas por la legislación mercantil, el artículo 830 del código del ramo tiene plena aplicación, y en la medida en que dicho precepto no distingue, el abuso del derecho y sus consecuencias resarcitorias no solamente tienen cabida en el terreno de la responsabilidad extracontractual.

2) Que para su configuración jurídica, el abuso del derecho no requiere dolo o culpa del agente; "...basta con que exista la desviación del derecho..." y ello se hace todavía más patente en supuestos como el presente en que es una corporación de ahorro y vivienda la demandada por ese concepto, entidades que como se sabe solo pueden hacer lo que la ley les permita "...pues son delegatarias del Estado para captar el ahorro de los particulares y para invertir en la construcción...".

Y sobre estas bases emprende la corporación falladora el examen de la prueba recaudada, encontrando demostrado "... en forma nítida" el abuso del derecho denunciado "... pues el destino de los dineros que captan de los ahorradores las corporaciones, son precisamente (sic) para prestarlos al constructor, no para crear depósitos a término ni hacer ninguna otra inversión diferente. La corporación al ejercitar su derecho reglamentado por la autoridad estatal, lo desvió a fines no previstos en la ley que creó tales entidades..."; "...de esta manera irregular se le cobraban a XXX sumas de dinero mayores a las autorizadas a las corporaciones de ahorro y vivienda...", sumas que de acuerdo con la prueba pericial rendida en la primera instancia alcanzaron hasta 23.187.7067 UPAC, siendo de advertir que el experticio en cuestión fue aclarado y en relación con el punto específico del exceso cobrado por XXX en perjuicio de la constructora demandante, ambas partes guardaron silencio, lo que lleva al tribunal a concluir que la condena a restituir impuesta en "...el IV de la parte resolutive de la sentencia apelada,

debe ser confirmada...". En síntesis, después de transcribir el texto completo de los artículos 2º del Decreto 678 de 1972 y [2.1.2.3.9 del Decreto 1730 de 1991](#), estima el *ad quem* que estuvo acertado el juzgado al reconocerle fundamento a la pretensión apoyada en el abuso del derecho atribuido a XXX, toda vez que al decir del fallo y de acuerdo con los elementos de juicio destacados allí, esta entidad incurrió en uso indebido de fondos provenientes del ahorro del público cuya destinación es la actividad de fomento a la vivienda, teniendo presente que la limitación impuesta a las corporaciones concierne al tipo de interés y a esa inversión exclusiva.

4. El capítulo final de la providencia en estudio se refiere a "las razones de los apelantes", sosteniendo que en lo esencial no les asiste el derecho en sus críticas dirigidas contra la sentencia de primera instancia.

En primer lugar y por lo que toca con el recurso de la parte demandada, el hecho de que la compañía constructora tuviera a su favor la posibilidad de pedir la reducción judicial de intereses no impide que prospere la acción indemnizatoria por abuso ya que a esta última no la reemplaza en modo alguno la primera; tampoco la excluye el que los depósitos realizados por cuenta de la sociedad deudora fueran reajustados con corrección monetaria, habida cuenta que según quedó comprobado en el proceso, no obstante el pago de ese reajuste XXX obtuvo una ganancia injustificada a expensas de XXX Ltda., equivalente a los intereses del 9% o del 9.5% anual más la corrección monetaria a cargo de esta última entidad por el crédito a ella otorgado; en fin, los intereses debidos por la demandada sobre la suma por ella percibida en exceso, son "...los corrientes de plazo" porque al referirse la prestación restitutoria impuesta por el fallo a 23.187.7067 UPAC, de modo implícito se otorga la corrección monetaria y por lo tanto dichos intereses deben liquidarse a la tasa del 9% anual, "...descontando tal indexación...", de donde se sigue que en realidad en este punto concreto la sentencia debe reformarse. Al recurso de la parte actora le dedica el tribunal pocas líneas, remitiendo a los argumentos expuestos para abstenerse de decidir acerca del mérito de la acción de simulación entablada como principal en la demanda, y para terminar se ocupa de las excepciones esgrimidas en la contestación que a dicho libelo le dio la corporación XXX de ahorro y vivienda, afirmando que no fueron fundamentadas ni explicadas ya que esa entidad se limitó a hacer una enumeración de ellas, salvo "...la simple afirmación que había existido transacción cuando se celebró (sic) la escritura pública XXX de 1985 de la notaría 28, mediante la cual se formalizó la dación en pago ...", figuras ambas que a juicio de la corporación sentenciadora son diferentes y esto es suficiente para descalificar la defensa.

### **III. Los recursos de casación y consideraciones de la Corte**

Seis y ocho son los cargos que formulan los recurrentes en casación, cargos que la Corte estudiará por grupos de acuerdo con la afinidad temática que presentan y el orden lógico que el contenido de cada uno de ellos impone, así: En primer lugar, el cargo propuesto por la parte actora denunciando exceso de la sentencia frente a los límites que a la controversia le señaló la demanda al acumular eventualmente o de manera subsidiaria las distintas pretensiones que constituyen su objeto; en segundo lugar, los cargos en que las dos partes se proponen demostrar que la decisión inhibitoria en dicha providencia contenida carece de base legal y, en fin, el conjunto de cargos que con la misma finalidad que acaba de indicarse, aluden a la decisión estimatoria de la acción entablada con fundamento en el abuso del derecho y a los alcances que a la correspondiente prestación indemnizatoria a cargo de la institución financiera demandada, le imprimió el tribunal en el fallo materia de censura.

#### **SECCIÓN PRIMERA**

##### **Cargo tercero (recurso de la parte actora)**

Invocando el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, sostiene el recurrente que "...al confirmar mediante el punto 2º de su parte resolutive el 6º o VI del fallo del juzgado 13 que negó las demás pretensiones subsidiarias", el tribunal incurrió en incongruencia por ultra petita, defecto este que radica en lo siguiente: "... Al prosperar la pretensión primera subsidiaria, relativa al abuso del derecho, era

absolutamente improcedente entrar a decidir, cualquiera que fuera su sentido, las siguientes peticiones subsidiarias, puesto que de acuerdo con lo solicitado (...) en la demanda, las declaraciones que allí aparecen solicitadas son subsidiarias unas de otras en el orden propuesto..." y de acuerdo con este orden fijado en el libelo, primero se encontraba el abuso del derecho que prosperó, luego es evidente que las pretensiones subsidiarias, precisamente por ser tales, "...no estaban propuestas, o mejor lo estaban pero bajo la condición de no prosperar la precedente que habiendo prosperado (sic) en esa medida no existían las posteriores, no constituían pretensiones de la demanda strictu sensu dada la modalidad a que estaban sujetas..." y por eso no había motivo para resolver el mérito acerca de ellas.

Se considera:

1. Sabido es que la incongruencia como vicio del fallo que de ocurrir le abre camino al recurso de casación según los términos del numeral 2º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, es la desacertada relación entre dos extremos de necesario contraste que son el litigio y la sentencia, ello en el entendido que esta última en el campo civil ha de ser la "conveniente respuesta..." mediante la cual el juzgador resuelve acerca de las pretensiones de las partes, deducidas en el momento procesal oportuno. Dicho en otras palabras, es la incongruencia un error de actividad puesto de manifiesto en la falta de concordancia lógica y jurídica entre el objeto del proceso, conformado por aquellas pretensiones más las oposiciones que eventualmente puedan delimitarlas, y el pronunciamiento que al mismo proceso le pone fin, concordancia que el propio ordenamiento positivo impone al exigir en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que las sentencias sean consonantes con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el estatuto contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubiere sido alegadas si así lo manda la ley; es claro, entonces, que la incongruencia como causal de casación tiene que buscarse por fuerza en el correspondiente cotejo entre esos extremos que acaban de indicarse, a fin de ver si entre ellos existe en realidad ostensible desacoplamiento "...ora sea porque el fallo resuelva sobre lo que no fue impetrado; ora porque otorgue más de lo pedido o ya porque al decidir omita en todo o en parte, decidir acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo..." (G.J., T. CXLVIII, pág. 26 ), y en esta tarea tanto la demanda como su contestación, pero principalmente la primera, suministran por definición las pautas obligadas de referencia pues, por lo general, es el escrito de demanda el que en definitiva fija los límites básicos de la controversia y por lo tanto el alcance legítimo de las facultades decisorias del órgano que emite el respectivo juicio jurisdiccional, motivo por el cual se tiene dicho que "...determinada claramente en la demanda cuál es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cuál debe ser la materia sobre que haya de recaer el fallo, no puede el sentenciador salirse de ese ámbito que le marca el propio actor para fallar en sentido distinto a las súplicas de la demanda..." (G.J., T. LXXXI, pág. 700).

2. En este orden de ideas, frente al principio de congruencia cuya noción quedó resumida, reviste especial interés de acumulación objetiva de pretensiones que, como es bien sabido, regula el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, y dentro de ella aquellos eventos en que las distintas pretensiones reunidas en el libelo, no han sido formuladas con el mismo carácter, bien por ser accesorias o dependientes las unas respecto de las otras, o bien porque revestidas todas de autonomía, han sido propuestas subsidiariamente, distinción esta que como se ha sostenido con acierto por autorizados expositores (José Fernando Ramírez Gómez. Código de Procedimiento Civil comentado. Pág. 90), es importante no solo para efectos de calificar la idoneidad formal de la demanda, sino para la correcta elaboración técnica de la sentencia, habida cuenta que como a continuación pasa a verse, en este ámbito aquél principio juega papel preponderante.

En efecto, en el primero de tales casos en que se trata de pretensiones secundarias o consecuenciales que únicamente pueden alcanzar prosperidad en la medida en que de antemano la logre una pretensión autónoma, la lógica indica que la desestimación o el rechazo de esta última hace inútil el estudio de las primeras, considerando que son dos tipos distintos de pretensiones entabladas de modo paralelo pero ligadas por una relación de causalidad que impone un cierto orden de estudio, cosa que sucede, por ejemplo, cuando pedida en una demanda la declaración de simulación relativa en un

negocio jurídico con las consiguientes restituciones destinadas a implantar y hacer prevalecer los efectos que el mismo negocio en su fase disimulada ha de producir es denegada esa declaración con lo cual se entienden implícitamente desechadas las prestaciones restitutorias así no se diga de manera expresa en el fallo, luego si esto último pasa no se configura incongruencia por defecto; pero si por el contrario se accede a las ameritadas restituciones efectuando las condenas reclamadas a pesar de no declararse la simulación, la sentencia incurrirá en evidente desacierto de fondo pero no en incongruencia pues existe pronunciamiento completo aun cuando en su segunda parte pueda resultar incorrecto.

La solución es por entero distinta si la acumulación es subsidiaria, modalidad ésta cuyas características ha descrito la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: "...El principio de la economía procesal inspira el fenómeno de la acumulación de pretensiones, que consiste en la unión de varias en la misma demanda para ser decididas en un solo procedimiento, o en la unión de varios procesos en uno solo (...) La primera admite varias formas entre ellas la llamada eventual o subsidiaria que ocurre cuando la segunda de las pretensiones propuestas en la demanda la invoca el demandante para que el juez la estudie y decida en el caso de que se rechace la anterior. Como la gradación de las peticiones depende exclusivamente del interés del demandante, ese orden no puede ser variado por el fallador, pues al hacerlo está modificando los extremos de la demanda, lo que no le está permitido. Entonces, el juez solamente puede entrar a estudiar la pretensión subsidiaria, para resolverla, en el único evento en que, previamente, haya desestimado la principal..." (G.J., T. CXLVIII, pág. 37), y valga advertir en este orden de ideas que la subsidiaridad en mención tiene distintos grados puesto que hay pretensiones subsidiarias genéricas, formuladas para cualquier supuesto de fracaso de la pretensión principal, y pretensiones subsidiarias específicas, articuladas bajo condición de que la principal no sea acogida por determinados motivos que el litigante en su libelo individualiza. Así, a diferencia de lo que acontece en la acumulación de pretensiones accesorias o de secuela, aquí se le pide al juez que decida sobre la pretensión principal y únicamente, para el evento en que no se consigan los objetivos previstos con su formulación, se le solicita que entre a estudiar la subsidiaria, de suerte que si esa condición no se satisface a cabalidad, sin caer en incongruencia por exceso no cabe adelantar tal estudio y por eso, de acuerdo con estas orientaciones conceptuales, se ha afirmado que en tratándose de la forma de acumulación originaria de pretensiones en cuestión, la falta de consonancia por fallar siguiendo una secuencia distinta a la diseñada por el demandante, puede configurarse en las siguientes hipótesis:

- a) Cuando es resuelta la pretensión subsidiaria sin antes haberse pronunciado el juez acerca de la principal;
- b) Cuando se omite resolución sobre una pretensión subsidiaria genérica no obstante haberse rechazado la pretensión principal;
- c) Cuando se resuelve sobre la pretensión subsidiaria y al mismo tiempo ha sido acogida la principal; y en fin,
- d) Cuando se resuelve la pretensión subsidiaria específica y la pretensión principal se ha malogrado por motivo diferente al que por indicación expresa del demandante o, del demandado en reconvencción dado el caso, determinaba el análisis con propósitos decisorios de la aludida pretensión subsidiaria específica.

3. En la especie que ahora ocupa la atención de la Sala, basta la detenida lectura del extenso e intrincado escrito de demanda que al proceso le dio comienzo para concluir que la sociedad actora, en el capítulo correspondiente (Cfr., fls. 66 y ss., cdno. 1) formuló una serie de tres pretensiones autónomas, subsidiarias todas ellas de las principales atinentes a la acción de simulación incoada y a la vez escalonadas entre sí para ser estudiadas "...en el orden propuesto...", y sin embargo, pasando por alto este esquema decisorio que era de forzosa observancia de conformidad con las reglas explicadas en los apartes precedentes, tanto el juzgado 13 civil del circuito de esta capital como el Tribunal Superior al confirmar este último en el punto correspondiente la providencia apelada, decidieron en su

conjunto sobre todas ellas, acogiendo la pretensión fundada en el abuso del derecho y "negando" las dos restantes sin parar mientes en que estas, aun cuando autónoma cada una, no estaban libres de condición para ser estudiadas. En consecuencia, le asiste razón al recurrente en este cargo pues es evidente el quebranto del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y por lo tanto, en lo que toca con este aspecto específico de la providencia impugnada procede la casación con el fin de introducir en ella las modificaciones que sean conducentes en orden a corregir el vicio advertido.

Prospera, entonces, este cargo.

## SECCIÓN SEGUNDA

### **Cargo primero (recurso de la parte actora)**

Por haberse equivocado en la apreciación del concepto jurídico de *litis consorcio* necesario y haber desconocido tanto el principio de la autonomía de los títulos valores como el efecto de las obligaciones solidarias que contraen quienes los suscriben, mediante este cargo se afirma que la sentencia es violatoria de manera directa de los artículos 2627, 632 y 822 del Código de Comercio, de los artículos 82 y 267 del Código de Procedimiento Civil, de los artículos 1568 y 1766 del Código Civil y del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ello en tanto dicha providencia manifiesta que por activa existía un *litis consorcio* necesario que no se integró pues no entablaron la demanda, junto con la entidad constructora demandante, las restantes personas que firmaron los pagarés 1 y 1A por \$ 68 y \$ 28 millones.

En el desarrollo del cargo así formulado, después de aludir a la conclusión del tribunal que es materia de crítica y señalar que en verdad los instrumentos en cuestión tienen la pluralidad de suscriptores registrada en la sentencia para justificar la decisión inhibitoria, toda vez que los pagarés 1 y 1A cuentan con cinco firmas adicionales a la de Constructora XXX Ltda., sostiene el recurrente que por obra de lo dispuesto en el artículo 627 del Código de Comercio lo cierto es que entre el "...acreedor o beneficiario" y cada una de las personas que estampa su firma en un título valor "...se generan tantos vínculos u obligaciones como firmantes haya..." y por eso, en el presente caso, para nada tenía relevancia el presunto defecto advertido por el sentenciador pues la acción de simulación impetrada en este proceso, atinente al vínculo específico entre la sociedad demandante y XXX, contenido en los pagarés 1 y 1A, aun en el evento de que llegare a prosperar, no afecta las relaciones que con la misma corporación ligan a los cinco suscriptores restantes; y de otra parte, debe tenerse presente que el pagaré es una declaración unilateral de voluntad, no un contrato, lo que constituye una razón de más para que aquí "...no pueda hablarse de *litis consorte* necesario porque la decisión de fondo que se produjera en nada afecta las relaciones de los demás suscriptores de esos títulos o actos jurídicos unilaterales, justamente por lo unilaterales...".

En este orden de ideas, luego de explicar la forma como en su opinión se produjo el quebranto de los varios preceptos legales citados en el encabezamiento del cargo, solicita el censor que sea casada la sentencia para en su lugar, actuando la Corte en sede de apelación, revocar en su totalidad la de primera instancia, salvo en cuanto desestimó las excepciones de fondo propuestas por la demandada, y proferir fallo estimatorio de las pretensiones principales contenidas en la demanda y que se refieren a la acción de simulación incoada, fallo éste para el cual existen argumentos de prueba suficientes en el proceso según el estudio que, en un capítulo final, hace el recurrente.

### **Cargo segundo. (Recurso de la parte actora)**

Invocando errores de hecho "... en virtud de los cuales se supuso la actual existencia de las obligaciones consignadas en los pagarés 1 y 1A y por eso se concluyó que existía un *litis consorcio* necesario entre todos los suscriptores de tales títulos...", se le atribuye a la sentencia la violación indirecta de los artículos 82 del Código de Procedimiento Civil, 2º y 822 del Código de Comercio y 1579, 1602, 1625 y 1626 del Código Civil.

En efecto, a pesar de que "...en el expediente consta todo lo contrario...", el tribunal no advirtió que los dineros entregados en mutuo no fueron recibidos por las terceras personas suscriptoras de los pagarés tantas veces mencionados y tampoco que ellas fueron extrañas al pago de esos dineros a la corporación acreedora; y esta circunstancia constituye en opinión de la censura un error de trascendencia cuya evidencia resulta "...del dictamen pericial y de toda la documentación proveniente de XXX y relativa a los créditos ...", habida cuenta que se desconoció "...la solución o pago de los importes de cada título valor hecho en su momento por la demandante Constructora XXX Ltda. ..." y como consecuencia de este desacierto, el juzgador de instancia también pasó por alto que la responsabilidad a cargo de aquellas personas, dado su carácter de fiadores solidarios, desapareció como secuela de ese pago en cuya virtud se extinguieron las obligaciones principales garantizadas. Para la sentencia objeto de impugnación ellas continuaban obligadas al momento de iniciarse el proceso, pero la verdad es que el vínculo, "... si bien existió...", había perdido actualidad jurídica y por lo tanto los suscriptores ausentes no tenían siquiera legitimación para demandar en los términos que da cuenta el escrito de demanda "...pues para ellos resultó indiferente el crédito en sí mismo, su pago y los perjuicios irrogados por XXX ...". En síntesis, el yerro que se le atribuye al tribunal es el de haber visto un *litis consorcio* necesario "...dentro de varias relaciones ya extinguidas..." y sostener ante la falta de integración del mismo en la forma debida, que era procedente la decisión inhibitoria proferida la cual, en la medida en que es violatoria de la ley, ha de ser infirmada para en su lugar, después de revocar el fallo desestimatorio de primera instancia, acoger las pretensiones atinentes a la acción de simulación entablada.

### **Cargo primero (Recurso de la parte demandada)**

Apoyándose igualmente en la primera de las causales de casación que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil en este cargo se sostiene que la sentencia materia de impugnación quebranta, por aplicación indebida, los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil, así como también, por interpretación errónea, la regla o principio general de derecho relativo a la simulación en los negocios jurídicos y cuya fuerza legal se basa en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Aludiendo a las distintas fuentes de las que puede surgir un *litis consorcio* necesario y señalando de entrada que en el supuesto de esta *litis* es preciso descartar la "imposición legal", "...por lo mismo que no hay precepto alguno que prevea la presencia de todos los suscriptores en una misma condición de un título valor en el debate judicial acerca de la simulación de sus declaraciones...", expresa el casacionista que, entonces, es la naturaleza de la relación o del acto el factor que debe tomarse en consideración para determinar la existencia o no de un *litis consorcio* con las características del que encontró el tribunal.

Y la respuesta negativa a este interrogante es rotunda ante la índole de la controversia o, con mayor propiedad si se quiere, de las pretensiones aducidas que conforman su objeto. "... Acá constructora XXX Ltda., solicitante de crédito a XXX, suscriptora de dos pagarés, otorgante de hipotecas para respaldar aquellos créditos y beneficiaria de los sucesivos certificados de depósito, demandó ella sola la simulación de esos actos, en todos los cuales, salvo en los pagarés, las partes fueron singulares. Y el tribunal se fundó en esta pluralidad para imaginar un *litis consorcio* necesario. Todo gira, pues, en derredor de si la simulación impone la comparecencia al proceso de todos los sujetos que componen la parte de la demanda o si, por el contrario, no se da tal exigencia, dado que la relación no es de aquellas que tengan que ser decididas de manera uniforme para todos los participantes en el acto..." requisito este último que para la censura no se cumple pues aun cuando todos los miembros integrantes de la parte contractual se hubieren hecho parte en el proceso, el fallo no tiene por fuerza que ser idéntico para todos ellos "...por lo mismo que la simulación, que es acuerdo complejo con designio múltiple, puede haberse concertado entre uno solo de los integrantes de una de las partes y la otra. Entonces, así como la declaración privada puede no ser eficaz, por cierta que sea la dualidad y la contraposición de aquella con la pública, habida consideración de los intereses en juego, igualmente pueden descomponerse los acuerdos entre los distintos miembros de las partes, nada de lo cual tiene que ver con la figura de la solidaridad, impertinentemente traída a cuento por el tribunal...". De acuerdo, pues,

con estos principios y en vista del alcance que tiene la anomalía negocial cuya declaración se persigue, el proceso en estudio y por lo que toca con la acción de simulación deducida, no impone el *litis consorcio* necesario creado sin razón en la sentencia que por este motivo es violatoria de los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil, así como también de la regla o principio general de derecho relativo a la simulación. Aplicable en el ordenamiento por previsión del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, de donde se sigue que la providencia combatida debe casarse para que la Corte, en el punto específico en cuestión, entrando al fondo del litigio le imparta confirmación al fallo desestimatorio de las súplicas principales que, poniéndole fin a la primera instancia, dictó el juzgado trece civil del circuito de esta ciudad.

#### SE CONSIDERA:

1. Aun cuando lo normal es que los esquemas de conformidad con los cuales las acciones civiles han de desenvolverse, indiquen únicamente a dos sujetos como legitimados en sentido opuesto, uno activo para ejercitarlas y otro pasivo para controvertirlas, casos hay en que la providencia judicial de fondo a que tiende la pretensión incoada, por su propia naturaleza o por expreso mandato de la ley, no puede ser pronunciada útilmente sino con efectos directos e inmediatos para un número plural de sujetos, de modo tal que la eficacia del respectivo proceso que se adelante requiere de la cumplida citación de todos ellos. Son estos casos, como se sabe, los que determinan la formación del *litis consorcio* necesario de cuya regulación básica se ocupa el código de procedimiento civil (arts. 51 y 83) y que encuentra su fundamento último en la exigencia de resguardar el derecho de defensa en juicio de todos aquellos interesados a quienes se extenderá la autoridad de cosa juzgada propia de la sentencia que sobre el mérito del litigio deba dictarse.

En este orden de ideas, el carácter necesario de un *litis consorcio* tiene su causa o razón de ser, no en el derecho procesal que apenas se ocupa de describir el fenómeno y señalarle su tratamiento, sino en el derecho material, vale decir en la relación sustancial objeto del litigio que, por su propio modo de ser o por obra del sistema legal que la regula, exige que vengan a ser partes en el correspondiente proceso —partes en sentido procesal, por lo tanto— los mismos sujetos activa o pasivamente legitimados —partes en sentido sustancial respecto de la acción entablada— para que sobre esta última sea posible un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, configurándose en consecuencia y dada la condición unitaria e indivisible de aquella relación, un supuesto excepcional de legitimación forzosamente conjunta acerca del cual la Corte tiene dicho lo siguiente: "... la figura procesal del *litis consorcio* necesario surge cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el juez está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sean activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. En tal hipótesis, por consiguiente, un pronunciamiento del juez con alcances referidos a la totalidad de la relación no puede proceder con la intervención única de alguno o algunos de los ligados por aquella, sino necesariamente con la de todos. Solo estando presente en el respectivo juicio la totalidad de los sujetos activos y pasivos de la relación sustancial, queda debida e íntegramente constituida desde el punto de vista subjetivo la relación jurídico-procesal y por lo tanto, solo cuando las cosas son así, podrá el juez hacer el pronunciamiento de fondo demandado. En caso contrario, deberá limitarse a proferir fallo inhibitorio..." (G.J., Ts. CXXXIX, pág. 170, CLXXX, pág. 381 y CC, pág. 200).

En síntesis, frente a casos de la estirpe de los que se dejan reseñados, indispensable es que la constitución subjetiva del proceso adelantado guarde conveniente armonía con la estructura también subjetiva que al tenor del esquema normativo que le es propio, tiene la acción incoada, y lo que en verdad se perjudica si este requisito falta debido a la irregular integración del contradictorio por no hallarse presentes todos los *litis consorte* necesarios; es el objetivo legítimo al que los procesos por definición tienden, habida cuenta que en un estado de cosas tal, si esa irregularidad no es oportunamente remediada por los medios que la codificación ritual autoriza, la decisión inhibitoria es inevitable, cosa que desde luego, frente al recurso de casación no puede pasar desapercibida y son concluyentes por cierto las reglas fijadas por la jurisprudencia en este campo "... toda vez que no son



escasos los ejemplos de fallos formales que adolecen de ilegalidad por fundarse en un aparente defecto en la integración subjetiva de la *litis* que en realidad no existe, o viceversa, o sea sentencias de fondo proferidas no obstante configurarse el impedimento procesal aludido. En efecto, y cuando del primero de esos casos se trata, ha sostenido la Corte (...) que la providencia inhibitoria pudo haber sido resultado, ora del análisis equivocado que el fallador hizo del *litis consorcio* necesario y el régimen que le es consustancial, o ya de la errada apreciación probatoria de la situación fáctica involucrada, de donde se sigue que el rumbo de la impugnación no puede ser idéntico en ambas hipótesis; en la primera, ninguna duda cabe que el ataque en casación tendrá que hacerse por la vía directa, pues por supuesto se tiene que el error jurídico del juzgador tuvo lugar con absoluta prescindencia del material probatorio obrante en los autos, mientras que en la segunda lo adecuado es utilizar la vía indirecta, alegando y demostrando que la inhibición fue consecuencia del error probatorio en que cayó el juez de instancia al constatar una incompleta integración del contradictorio que no existe..." (G.J., Ts. CLII, pág. 9 y CCXIX, pág. 71).

2. En la especie que hoy viene ocupando la atención de la Corte, los recursos en estudio hacen uso de los dos caminos recién señalados con el fin de obtener la información parcial del fallo de segunda instancia en tanto este último, por hallar defectuosamente integrado el contradictorio, contiene un pronunciamiento de inhibición respecto de la acción de simulación que hizo valer la compañía constructora demandante, apreciación que por lo demás, atendidas las razones que enseguida se exponen, resulta acertada y por lo mismo se tornan baldíos los tres cargos formulados para intentar descalificarla.

a) Sea lo primero volver a decir, con apoyo en el texto del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, que así como a veces es la ley la que en disposiciones expresas hace forzosa la constitución de *litis consorcio* activos, pasivos o mixtos, hay otros eventos en que esa situación por cuya virtud se impone el ejercicio conjunto de determinada pretensión por varias personas o frentes a varias, la origina la naturaleza misma de la relación sustancial acerca de la que habrá de formar juicio la sentencia definitiva.

De simple lógica, entonces, es inferir que en estos casos es cuando debe realizarse un cuidadoso examen de la demanda en su fase petitoria, no desde una perspectiva teórica como lo hacen aquí los apoderados de las dos entidades litigantes, sino vista ella tal y como la formuló el demandante, porque es así como puede definirse con exactitud la naturaleza y el alcance personal de aquella relación sustancial controvertida que reclama pronunciamiento jurisdiccional, definición que como se sabe es el presupuesto obligado para establecer la necesidad de un *litis consorcio* que existe, valga repetirlo, cada vez que la providencia que se pide sea de tal índole que pueda dictarse regularmente tan solo en la medida en que tenga eficacia frente a varios sujetos cuya presencia en el proceso es por consiguiente inexcusable;

b) Puestas en este punto las cosas, es suficiente un detenido repaso del escrito de demanda que a este proceso le dio comienzo, y en particular del capítulo destinado a individualizar las pretensiones entabladas, para darse cuenta, fuera de toda duda razonable, que la acción de simulación deducida, lejos de aludir con sentido de exclusividad a dos pagarés que junto con otras personas naturales y jurídicas suscribió la sociedad actora en favor de la corporación demandada, busca obtener una sentencia en la cual se declare la verdadera realidad del negocio jurídico de crédito hipotecario celebrado para financiar la construcción del edificio "XXX" en esta ciudad y que dio lugar a la emisión de los mencionados títulos, luego es dicho negocio en toda su complejidad el factor predominante que debe observarse con cuidado en orden a saber si existe o no el defecto de legitimación registrado en el fallo para justificar la abstención que combaten los tres cargos en estudio, no así el régimen normativo que de manera general podría aplicársele a las obligaciones que contraen quienes como otorgantes o avalistas estampan su firma en un pagaré.

En efecto, si ha de aceptarse con la doctrina científica que los llamados "contratos de crédito" no son nada distinto a los moldes jurídicos unitarios que en función de su finalidad se le imprimen a

determinadas operaciones económicas cuyo propósito es el de dispensar o recibir crédito de acuerdo con ciertas pautas técnicas propias de una empresa bancaria, moldes que por lo común implican la combinación de varios actos o contratos para cuyo tratamiento, sin menoscabo del conjunto, del derecho privado civil y mercantil suministra las matrices adecuadas de reglamentación, preciso es no perder de vista que en la especie de la cual estos autos dan cuenta, el negocio jurídico respecto del que pretende borrarse la apariencia de veracidad que ofrece para que en virtud de la sentencia declarativa de simulación tengan prevalencia las que al decir de la actora fueron sus condiciones reales, es un préstamo hipotecario "puente" solicitado para la construcción de un edificio y donde la institución financiera prestamista o mutante, dada su posición acreedora, exigió garantías de diverso linaje tendientes a asegurar que, de no producirse el pago en la oportunidad convenida percibirá no obstante el importe del capital mutuado más el del adeudo por intereses, garantías que son de dos clases, una de carácter cambiario expresada en la incorporación de dichas obligaciones dinerarias a un pagaré negociable con vencimientos que se hacen coincidir con las fechas previstas para la restitución y otorgado por la sociedad constructora con el aval de un número plural de personas que se estima son solventes, mientras que la otra es de tipo hipotecario y afecta el inmueble a cuya construcción son aplicados los recursos financieros concedidos. Se trata, pues, de una relación contractual que ante el contenido de la providencia que la demanda solicitó, no puede fragmentarse en la forma que quieren los recurrentes para relieves, únicamente, la naturaleza unilateral de las declaraciones que constituyen la fuente de obligaciones de pago instrumentadas en aquél pagaré, las secuelas del principio de autonomía de acuerdo con el cual dichas obligaciones se rigen al tenor del artículo 627 del Código de Comercio o en fin, la afirmada semejanza que ellas pueden guardar desde el punto de vista de sus efectos con las que asumen los fiadores solidarios según los términos del artículo 1579 del Código Civil;

c) Síguese de todo cuanto queda anotado que si a la acción de simulación incoada le imprime su sentido fundamental un negocio crediticio con las complejas características recapituladas en el párrafo precedente, negocio que por allí dicho tampoco puede simplificarse hasta confundirlo caprichosamente con las garantías constituidas para reducir los riesgos que para la entidad prestamista conlleva su celebración, es inevitable poner de manifiesto que aquella acción debió en verdad dirigirse contra todas las personas frente a quienes el negocio en cuestión produjo consecuencias vinculantes, consumadas o no, pues resulta obvio, como lo ha puntualizado la Corte, "...que si a la formación de un acto o contrato concurren con su voluntad dos o más sujetos de derecho, la modificación, disolución o, en fin, alteración del mismo, no podría decretarse válidamente en un proceso sin que todos ellos hubiesen tenido la posibilidad de ejercitar el derecho de contradicción; no parece conforme a la naturaleza *ab initio* del contrato que decisión tan importante, desde luego que repercute en la esfera patrimonial de todos y cada uno de ellos, pueda tomarse a espaldas de uno o varios de los autores, haciendo tabla rasa de claros postulados en los que se edifica el derecho privado. La razón clama, pues, porque tal determinación no sobrevenga sin que al proceso donde se discute el asunto se vinculen todas esas personas, bien a la parte actora o bien a la demandada...", agregando más adelante que en estos procesos en que se ventilan problemas atañedores a la ineficacia de los negocios jurídicos, cual ocurre por ejemplo con la nulidad, la resolución por incumplimiento y la simulación, deben comparecer todos los que a la respectiva relación, entendida como un todo inescindible, le dieron vida jurídica, conformándose así un "... *litis consorcio* obligatorio (...) dado que la resolución que finalmente se adopte en procesos tales ha de ser uniforme, siendo inadmisibles que, por ejemplo, el contrato se aniquilara frente a unos contratantes al tiempo que subsistiera respecto de otros, pues la unidad material que sin duda ostenta el acuerdo de voluntades se vería seriamente comprometida..." (G.J., Ts. CXCII, pág. 184, CC, pág. 201 y CCXIX, pág. 74). Significa esto que la controversia judicial acerca de la simulación en un negocio jurídico pluripersonal debe desarrollarse, entonces, en contradictorio con todos los partícipes en su celebración, lo que presupone de suyo la existencia entre ellos de un *litis consorcio* necesario, de suerte que quien quiera desvirtuar la falsa apariencia y hacer prevalecer la realidad que tras esa apariencia constatada se esconde, bien sea que se trate de uno de aquellos partícipes o de un tercero y acompañados ambos de legítimo interés en hacerlo, tendrá que demandar indefectiblemente a quienes por cualquier concepto ostenten la condición de titulares de la relación

acerca de cuya eficacia se litiga. Por eso, en la especie *sub lite* y en la medida en que se limitó en su providencia a registrar la no concurrencia al proceso de las personas naturales y jurídicas que como garantes, en procura del buen fin de la operación de crédito realizada, junto con la sociedad constructora demandante firmaron los pagarés 1 y 1A, a la corporación sentenciadora no le son atribuibles errores en el entendimiento del fenómeno que determina el "*litis consorcio* necesario", tampoco del régimen de derecho que obligaba a hacer actuar sus consecuencias en el presente caso según los términos del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y, menos aún, en la apreciación de las pruebas en virtud de las cuales quedó demostrada la extinción de las obligaciones de pago de los ameritados títulos, contraídas por los suscriptores mencionados, o la ausencia del beneficio patrimonial para estos últimos derivado del negocio tantas veces aludido.

Se desestiman, pues, los tres cargos estudiados.

## SECCIÓN TERCERA

### **Cargo segundo (recurso de la parte demandada)**

Tomando pie en la primera causal de casación, mediante este cargo la parte demandada acusa la sentencia de violar indirectamente, a causa de error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda, el artículo 830 del Código de Comercio junto con los artículos 2341, 2356 y 1615 a 1617 del Código Civil, todos por aplicación indebida.

Luego de transcribir el texto de la primera súplica subsidiaria contenida en el escrito de demanda que al proceso le dio comienzo y aludir así mismo a los fundamentos de derecho allí citados para apoyarla, afirma la censura que, por virtud de dicha pretensión, sin duda alguna la compañía demandante entabló una acción de responsabilidad extracontractual o "...por el hecho ilícito", esto es por un hecho acaecido no por causa o con ocasión de una relación contractual, pero no obstante ello, la mayoría de la Sala sentenciadora, al comenzar sus conclusiones, pasó por alto esta circunstancia y ubicó la acción propuesta dentro del campo de la responsabilidad contractual "...de modo de despejarle el camino a sus argumentos y conclusiones estimatorias subsiguientes..." pues a juicio del tribunal, la figura del abuso del derecho no se la puede situar solamente dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Esta equivocada calificación de la pretensión aludida, entonces, constituyó un evidente error de hecho en la apreciación de la demanda "...en cuanto a la naturaleza jurídica de la acción propuesta...", tergiversación esta que por lo demás no fue casual "...pues es claro que de haber resuelto la pretensión verdaderamente ejercitada en la demanda (de responsabilidad extracontractual) el fallador se habría visto constreñido a absolver a XXX. De entrada porque los hechos aducidos por la demandante —cual ella lo pregona— tuvieron lugar por causa o en razón de los contratos que las partes celebraron entre sí y, más precisamente, de su ejecución y por ello habría tenido que declarar la impertinencia de aquella acción y de la normatividad invocada al efecto ...". En síntesis, con su tesis acerca del alcance del abuso del derecho el tribunal, según el cargo en estudio, malinterpretó la demanda para asignarle "... un petitum y una causa petendi irreales ..." y sobre esta base, resolver un problema de ejecución de contratos y cumplimiento de obligaciones nacidas de ellos, no solamente como si hubiera sido ejercitada una acción de responsabilidad contractual, sino como si fuera de recibo "...aplicarles normas ajenas a esta ...", lo que conduce a que el fallo deba infirmarse para en su lugar revocar el de primer grado y proferir decisión desestimatoria de la acción fundada en el abuso del derecho, toda vez que esta última "...no era pertinente y la figura esgrimida no procede como pretensión directa dentro de relaciones contractuales que dan a las partes instrumentos inmediatos y propios para la tutela de sus intereses, por los que no es permitido saltar acudiendo por vía de atajo a un remedio de índole subsidiaria...".

SE CONSIDERA:

1. Ajustándose al texto del segundo inciso del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento

Civil, reiteradamente ha sostenido la doctrina jurisprudencial que la apreciación errónea de una demanda constituye motivo determinante de la casación de un fallo proferido por la jurisdicción civil, habida consideración que adoleciendo este último de un defecto de tal naturaleza, la decisión adoptada dirimirá el conflicto con apoyo en reglas de derecho sustancial que le son extrañas y, por consecuencia, habrá dejado de aplicar las que son pertinentes para regularlo. Pero es en verdad importante no perder de vista que al tenor de aquella disposición procesal, para que así sucedan las cosas y sea viable la infirmación por la causa aludida, deben reunirse varias condiciones que no siempre se dan con la facilidad que por lo común suponen los litigantes que al recurso en referencia acuden, residiendo una de ellas, como se sabe, en la necesaria ocurrencia de un genuino error de hecho que además de manifiesto e influyente en los dispositivos de la resolución judicial por esta vía impugnada, ha de consistir en la desfiguración mental o material del escrito de demanda por falta de cuidadosa observación, capaz de producir por lo tanto una desviación ideológica del juez en relación con los elementos llamados a identificar el contenido medular de dicho escrito y respecto de los cuales ese funcionario no tiene atribución para suplir a las partes.

En otras palabras y en orden a que tengan relevancia para los fines señalados, la falencia de juzgamiento de la que viene haciéndose mérito debe tener origen en un yerro objetivo que surgiendo de una desfiguración evidente y por eso mismo perceptible de manera intuitiva, vaya contra toda razón en cuanto que, tergiversando el texto de la demanda, "... le hace decir lo que no expresa o le cercena su real contenido" (G.J., T. CXXXIX, pág. 136 ) en lo que atañe a la causa petendi hecha valer por el actor el petitum por él formulado o la naturaleza jurídica de la pretensión concreta entablada (G.J., Ts. CLV, pág. 265, y CLIX, pág. 161). En cualquier otra circunstancia, entonces, la casación por quebranto indirecto de la ley acaecido por efecto de una errada apreciación de la demanda, no puede abrirse paso y tiene por fuerza que prevalecer el amplio poder de interpretación que en este ámbito el ordenamiento positivo les reconoce a los juzgadores de instancia, no solamente para que desentrañen la verdadera intención del demandante en guarda del principio según el cual es la efectividad de los derechos subjetivos el fin que a través de aquél escrito se busca, sino también para que libremente determinen y declaren las normas aplicables a los hechos integrantes del objeto demandado cuya certeza de antemano ha sido verificada en el fallo, tarea esta última que valga recordarlo con ayuda de afamados escritores citados por la Corte (G.J., T. CXLVI, pág. 131), consiste en una valoración jurídica de esos hechos realizada en consonancia con el derecho objetivo vigente y para la cual no se necesita solicitud especial de la parte, así como tampoco es factible que a su gusto intenten moldearla los litigantes; "...es deber de los jueces -decía Chiovenda (Instituciones, parte III, libro II, núm. 43)- examinar de oficio la demanda bajo todos los aspectos jurídicos posibles...", luego de los hechos materia de controversia, tal y como han sido reconstruidos ateniéndose a la evidencia que los autos suministran, es preciso deducir, para aplicarlas con vista a la composición de la controversia, las reglas establecidas en vía abstracta por el ordenamiento positivo y así concluir si la demanda presentada, esa en particular y no otra diferente, es fundada o no, entendiéndose que para agotar esta etapa el juzgador no está sujeto a restricciones dispositivas en la escogencia e individualización de los preceptos de derecho reguladores del caso que, además, debe interpretar correctamente y hacer exacta aplicación concreta de ellos aun supliendo a las partes.

2. En este orden de ideas, es suficiente un simple cotejo de la sentencia sometida a cuestionamiento y el escrito de demanda obrante a folios 2 a 87 del cuaderno principal, en particular del aparte destinado a individualizar la primera de las pretensiones formuladas con el carácter de subsidiarias, para concluir que el Tribunal Superior de Bogotá, al proferir el fallo estimatorio de la citada pretensión "...atinente al abuso del derecho...", vio y apreció aquél escrito sin alterar su objetividad en forma tal que esa pretensión, considerada en los que son sus elementos estructurales, haya experimentado modificación esencial en razón de habersele dado a los hechos aducidos por la sociedad demandante en su libelo, como expresión de una conducta abusiva y por ende ilícita atribuida a la institución financiera demandada dentro del marco de relaciones de tipo contractual que ligaron a las dos entidades, la definición jurídica que estimó correcta la corporación sentenciadora, reconociendo por añadidura el derecho de naturaleza indemnizatoria que la primera de ellas ejerció contra la segunda.

Ante estas circunstancias, únicas que el expediente permite tener por ciertas en punto de decidir acerca del cargo en estudio ..., en realidad de verdad resulta imposible sostener como lo hace el censor que el tribunal malinterpretó la demanda incurriendo en errores de hecho manifiestos y trascendentes en su apreciación al haber ignorado, de acuerdo con un esquema dogmático de muy dudosa exactitud jurídica frente al texto del artículo 830 del Código de Comercio citado en la sentencia, que la sociedad constructora demandante, en la medida en que equiparó el abuso del derecho a los "hechos ilícitos", se ubicó inexorablemente en el campo de la responsabilidad extracontractual para fundamentar el derecho al resarcimiento de perjuicios reclamado, modo este peculiar de ver las cosas que en el fondo entraña la denuncia de un desacierto en la definición de la calidad jurídica de los hechos alegados, por lo demás impropriamente traído a cuento como una aparente tergiversación del escrito de demanda que no puede ser sino fruto imaginario del pródigo conceptualismo del cual hace gala el recurso en referencia. En efecto, hoy en día se tiene por sabido que el dominio de aplicación del postulado en cuya virtud las leyes no le brindan protección de ninguna índole a quien abusa en el ejercicio de poderes emergentes de situaciones particulares que le favorecen, no lo absorbe con sentido de exclusividad el régimen previsto para los delitos y cuasidelitos civiles, lo que desde luego no es impedimento para que en este contorno se le tenga como uno de los factores posibles de imputación de responsabilidad; el abuso de dichas prerrogativas, entonces, en un ilícito específico o " *sui generis* " que sin duda alguna cuenta con suficiente autonomía conceptual y sus alcances superan en mucho los que la censura en este caso sugiere, habida cuenta que como en la actualidad lo dicen valiosos estudios sobre el tema, el deber jurídico de no excederse en el ejercicio de un derecho subjetivo, de evitar su empleo de manera antisocial o inmoral o que contradiga la finalidad socioeconómica que dicha potestad tiene, es parte integrante de toda situación jurídica individual activa o de poder y de carácter patrimonial, su sustancia es por lo tanto la de un deber genérico que toma pie en el principio general de derecho prohibitivo del abuso en cualquiera de sus modalidades y al cual, para decirlo con palabras de un ilustre tratadista, jamás puede serle extraña la materia contractual pues esta noción moral que como tantas otras viene a fecundar la altiva juridicidad. "... hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercicio de los derechos derivados de los contratos a fin de que este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual estos fueron pactados..." (Arturo Alessandri Rodríguez. El contrato dirigido. Santiago de Chile, 1942).

En síntesis, comprobada la ocurrencia de varias actuaciones abusivas desplegadas por una entidad de crédito al concluir, ejecutar y liquidar una operación de préstamo hipotecario, y señaladas con ese preciso perfil dichas actuaciones en la demanda que instaura el cliente perjudicado con el fin de obtener la reparación económica que entiende justificada por emerger de hechos que califica de ilícitos, no incurre en error fáctico manifiesto en la apreciación de la mencionada demanda y por lo mismo tampoco quebranta por indebida aplicación las normas sustanciales que hace actuar en su decisión estimatoria, el juzgador de instancia que sin alterar para nada la situación individual descrita y sin modificar tampoco el objeto demandado, examina y acoge la pretensión desde perspectivas jurídicas que, dispuestas y proyectadas de oficio como legítima expresión del "jura novit curia", son diferentes a las que indican algunas expresiones utilizadas por el actor que, en consecuencia, se hacen de lado.

Por lo expuesto, procede entonces rechazar esta censura.

Cargo tercero (recurso de la parte demandada)

Reafirmando los mismos puntos de vista teóricos expuestos para motivar el cargo precedente y acudiendo de nuevo al numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea, el artículo 830 del Código de Comercio y "...el principio general del abuso del derecho incorporado al ordenamiento por la jurisprudencia en desarrollo del artículo 8º de la Ley 153 de 1887...", así como también de aplicar indebidamente los artículos 2341, 2356 y 1613 a 1615 del Código Civil.

Luego de señalar, citando las partes pertinentes de la providencia, que en ella el tribunal se pronunció

en favor, tanto de la admisibilidad plena del abuso del derecho en el campo de la responsabilidad contractual, como del carácter principal y no "subsidiario" que tiene la correspondiente pretensión, dice el casacionista que a su juicio las dos proposiciones son equivocadas y "...contrarian la posición de la mejor doctrina", ello debido a tres razones básicas que en el escrito sustentatorio del recurso se ocupa de explicar a espacio. La primera, porque el fallador, incurriendo en confusión acerca del abuso del derecho en los contratos, no tuvo en cuenta que esa figura, la del abuso del derecho, "...se ha considerado y tratado como una concreción de la responsabilidad común o extracontractual..." que presupone "...un encuentro nocivo entre quienes no tenían vínculo previo, es decir, descalificación de la conducta de quien no estaba obligado, o sea de quien no tenía un deber específico de comportamiento, sino el genérico que pesa sobre todo miembro social..."; la segunda, porque el fallo impugnado desconoce que, a su semejanza de lo que ocurre con la acción por enriquecimiento sin causa, la acción originada en el abuso del derecho tiene carácter subsidiario "...en cuanto al particular no le es dable acudir a ella inmediatamente sino en defecto de otra acción directa, o sea cuando carece de vía precisa y cierta consagrada en la ley...", por lo que en contra del criterio sentado por el tribunal, no está al capricho de un contratante prescindir de medios directos y precisos que en defensa de sus intereses le otorga la ley "... porque considera que no le favorecen suficientemente o porque le ponen tope a sus aspiraciones..."; finalmente, la última de aquellas razones reside en que aun de aceptarse que pueda configurarse un abuso de derecho contractual, ese carácter residual no desaparece.

Solicita por eso el recurrente que sea casada la sentencia de segunda instancia y al propio tiempo revocada la que fue objeto de apelación, absolviéndose a la entidad demandada.

#### **Cargo cuarto (recurso de la parte demandada)**

Guardando estrecha afinidad temática con el inmediatamente anterior, en este cargo se afirma que la sentencia debe infirmarse por quebrantar de manera directa, debido a un "desvío hermenéutico", el artículo 830 del Código de Comercio y el principio general del abuso del derecho incorporado al ordenamiento positivo por la jurisprudencia en desarrollo del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, junto con el artículo 2341 del Código Civil por falta de aplicación y los artículos 2356 y 1613 a 1615 del mismo cuerpo legal por aplicación indebida, todo ello en tanto que la decisión de mayoría, citando a un tratadista nacional, falsea la naturaleza de la responsabilidad originada en abuso del derecho al declarar que esa responsabilidad no puede fundamentarse en el dolo o la culpa, sino que basta con que exista la desviación del derecho aunque no pueda imputarse a culpa del titular.

Y todo su empeño lo dedica al censor a demostrar, valiéndose de dilatadas transcripciones de doctrina científica extranjera que según lo dice encuentran amplio reflejo en la jurisprudencia colombiana desde los primeros reconocimientos de la teoría en 1935, que es un vulgar desatino ignorar que "...el abuso del derecho pertenece a la responsabilidad extracontractual y, en especial ..., que el criterio para determinar su comisión es el del dolo y la culpa, y no el del riesgo o el de la apreciación libre del juez de una función veleidosa del derecho...".

1. Con todo y los apabullantes epítetos que tuvo a bien consignar el recurrente en la exposición de sus tesis para apoyar los dos cargos que acaban de extractarse, lo cierto es que ningún argumento convincente se adujo en orden a demostrar que el fenómeno conocido como "abuso del derecho" tiene reducido su campo de acción a servir de fuente de obligaciones extracontractuales, que no cumple por ende papel alguno cuando se trata del ejercicio de derechos o de facultades emanadas de la contratación entre particulares y, por último, que no es posible concebir el "acto abusivo" sino en tanto medie una falta personal imputable a título de dolo o de culpa al autor del daño de quien es reclamada la respectiva indemnización.

a) Gracias a encomiables esfuerzos impulsados por necesidades de la vida práctica que se hicieron sentir en el mundo occidental a partir de la segunda mitad del siglo pasado y debido, así mismo, a una saludable tendencia ideológica de humanización del derecho privado en todas sus manifestaciones que por la misma época tuvo expresivos desarrollos en la jurisprudencia francesa, hoy en día se tiene por

sabido que, por obra de la llamada teoría del "abuso del derecho", a propósito del ejercicio de cualquier facultad encajada en una situación jurídica individual activa y de contenido patrimonial, preciso es distinguir entre el "uso" y el "abuso" en dicho ejercicio, puesto que aun cuando "...procede afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal ... no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido consagrados, y se utilicen, en cambio como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. De ahí que el titular de los derechos no pueda ejercerlos en cualquier dirección aun con un signo nocivo o sin interés para él. La libertad que está adscrita al ejercicio regular de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo ... Si es legítimo el ejercicio de los derechos, no puede tolerarse su abuso ..." (Jorge Joaquín Llambias. Tratado, T. II, cap. X, núm. 1265, bis). Así, pues, la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo, ora sea el ejercitarlo o ya por dejar de hacerlo, es un valioso principio regulador de tipo general que en tanto permite un amplio control judicial orientado a reprimir esos comportamientos donde quiera que se presenten, extiende su influencia a todo el ordenamiento positivo hasta el punto de convertirse en una de las bases fundamentales del derecho vigente en el país como lo indica, en forma categórica por cierto, la Constitución Nacional en su artículo 95 (num. 1º, inc. 3º). Su función no se puede reducir entonces, a la de convertirse en fuente posible de obligaciones derivadas de una modalidad de culpa civil extracontractual a la que sin duda, en ciertas circunstancias, es equiparable el ilícito abusivo, y por lo que atañe al criterio de conformidad con el cual han de aplicar las autoridades judiciales el mencionado principio, debe decirse en consonancia con las consideraciones precedentes, que es la moral social predominante en una comunidad que reconoce en la "solidaridad de las personas" una de las directrices medulares de su organización política (art. 1º de la Carta) e inspirada, por lo tanto, en los postulados de buena fe y respeto por las buenas costumbres, todo ello en aras de hacer efectiva "...la prevalencia de interés general" según lo propugna también el mismo texto superior recién citado. Son estas, sin duda, las bases más claras que hoy en día, a la luz de estos postulados constitucionales, le suministran vigoroso sustento a la doctrina en cuestión, entendido como queda que la ética colectiva, aquella que la sociedad ampara y procura hacer efectiva con su aprobación o con su rechazo, le dispensa holgada cobertura al ordenamiento positivo el cual, sin las ataduras impuestas por indoblegables guiones conceptuales, recoge las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa; y es precisamente penetrando con profundidad en esta idea como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valedera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta; "... el límite más importante del ejercicio lícito de un derecho —dice XXX refiriéndose a la estrecha relación que entre sí tienen los preceptos de los artículos 226, 826 y 242 del Código Civil Alemán— resulta ... del principio de la salvaguarda de la buena fe ...", agregando de inmediato que este principio, "... según un criterio hoy discutido...", es válido "...para cualquier nexo jurídico existente, y fundamenta en el marco de éste no solo deberes, sino que restringe también el ejercicio de facultades. Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe ..." (Derecho civil. Parte general. Cap. II. Par. 13).

En consecuencia, el descomunal disparate que el recurrente encuentra en la sentencia por cuanto admite ella la posibilidad de abuso en el terreno de las negociaciones contractuales, no existe en verdad pues el acto ilícito abusivo, contra lo que sostiene la censura, tiene su fisonomía jurídica propia y en buena medida autónoma, por lo que no siempre implica de suyo un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana; también puede justificar la reparación pecuniaria de daños conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (G.J., T. CXLVII, pág. 82) y lo que resulta todavía más significativo, permite denegar protección jurídica a pretensiones que impliquen el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades en que se manifiesta el contenido de situaciones jurídicas

individuales activas de carácter patrimonial;

b) En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, puede exigir la correspondiente indemnización.

Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación. En consecuencia, no estuvieron desacertados los fallados de instancia en la especie de autos al advertir, en sus respectivas sentencias, que la actuación de las entidades de crédito, cuando incurren estas en las que suelen denominarse "malas prácticas bancarias" que lesionan la normatividad vigente, la buena fe o el esmero profesional con que dichas instituciones siempre deben operar en beneficio de sus clientes, puede ser fuente de abuso dada la amplia capacidad de dominio en la negociación con que cuentan, abuso que debidamente comprobado y de acuerdo con el principio general enunciado líneas atrás, le suministra base suficiente a las pretensiones resarcitorias que invocando esta modalidad de ilicitud civil, sean entabladas para obtener la reparación de los perjuicios causados.

Dicho con otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, "...barrenando los principios liberales de la contratación..." como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garrigues. Contratos bancarios, cap. I, núm. 2), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerlas a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de estas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza deposita en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimita por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del Código de Comercio está obligada a indemnizar. Y no está por demás asentar que lejos de hallarse la génesis de estos conceptos en el "...humor a la discreción del juzgador" con los calamitosos riesgos que a juicio del censor se crean para el que denomina "...derecho de la responsabilidad civil" si se los acoge, en la hora presente tienen ellos rotundo sustento en normas de jerarquía legal a las cuales hizo oportuna referencia el fallo objeto de impugnación para referirse al caso de compensaciones excesivas impuestas en operaciones bancarias de préstamo efectuadas por las corporaciones de ahorro y vivienda, práctica esta en sí misma incorrecta que con referencia a los depósitos colaterales constituidos mediante el abono forzoso del producto del préstamo, de baja remuneración y con disponibilidad restringida para el mutuario y depositante a la vez, han prohibido distintas normas de las que son ejemplo el artículo 7º del Decreto 1084 de 1981, el artículo 8º del Decreto 721 de 1987 y el [artículo 2.1.2.3.9 del Decreto 1730 de 1991](#) en aras de hacer efectiva la protección del consumidor en el sector financiero nacional y que en la actualidad, integrando tal prohibición en una regla de alcance general, consagra de nuevo el [artículo 98](#)



[inciso 4º del Decreto 663 de 1993](#), llamado de "actualización" del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los siguientes términos: "...Debida prestación del servicio y protección al consumidor. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones...", agregando a renglón seguido que por la misma razón normativamente expresada, "...en la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o den lugar a un abuso de posición dominante...", lo que en breve síntesis equivale a decir que para el legislador la posición dominante de las entidades de crédito es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia judicial posible y, así mismo, que en cuanto esa posición es determinante para quien la goza de situaciones particulares activas o de poder, en su desarrollo práctico dentro del contorno que marcan las relaciones contractuales por dichas entidades establecidas con sus clientes, hay lugar al abuso en perjuicio de estos últimos, y

c) Finalmente, existiendo como en verdad existen distintos criterios, unos de carácter subjetivo y otros meramente objetivos, que con el paso del tiempo y a medida que las circunstancias evolucionan han utilizado la doctrina para hallar el abuso y denunciarlo en el ejercicio de facultades o prerrogativas jurídicas no obstante la legalidad externa que en apariencia lo caracteriza, en el estado actual de la investigación científica acerca de esta controvertida materia, y así lo sugieren por cierto varias de las opiniones de autores incluidos en el provechoso repertorio de transcripciones contenido en la demanda de casación que se estudia, se tiene por admitido que aquellos criterios no son excluyentes en homenaje al absolutismo conceptual por el que propugna el recurrente y que en sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del "abuso", su existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esa figura adquiere relevancia. Por eso, con evidente acierto expresaba en 1928 H. Capitant en un escrito dedicado al tema (Sur l'Abus des Droits. Revista trimestral de derecho civil. París) que con el rigor exigido en un comienzo por las distintas corrientes de pensamiento, es en verdad imposible diseñar una fórmula única aplicable a cualquier clase de derechos que permita definir el "abuso" en su ejercicio, toda vez que en algunas situaciones que por lo común corresponden al campo de la responsabilidad extracontractual se requerirá en el autor la intención de perjudicar o bastará la culpa más o menos grave y aun la simple ausencia de un interés o utilidad, mientras que ante situaciones de otra naturaleza habrá por necesidad que acudir, para no entregar la vigencia integral del principio a los riesgos siempre latentes de la prueba de las intenciones subjetivas, a la finalidad de la institución del derecho de cuyo ejercicio se trata e, incluso, a las buenas costumbres reinantes en la correspondiente actividad; en suma, nada hay de insensato en entender, guardando consonancia con estas directrices básicas, que los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el tantas veces citado artículo 830 del Código de Comercio tomando en consideración 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 de 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.

Resumiendo, la falta imputable a título de dolo o culpa grave no es un elemento indispensable para la adecuada caracterización del abuso del derecho concebido como "...principio general incorporado al ordenamiento por la jurisprudencia en desarrollo de la norma del artículo 80 de la Ley 153 de 1887...", y por lo tanto no infringe dicho principio así como tampoco la disposición recién citada, la sentencia que declara como práctica abusiva, en el sentido y para los efectos señalados en el artículo 830 del Código de Comercio el hecho de que una institución financiera colocada en posición dominante frente a los usuarios de los servicios que presta, sin necesidad objetiva y por el contrario violando los estatutos

excepcionales que regulan, para limitarlas, sus posibilidades operativas, exigen prestaciones complementarias bajo la modalidad de contratos ligados que, por obra de sus propias cláusulas o debido a la forma como la institución los ejecuta para ventaja suya, redundan en daño para quienes en la práctica no cuentan con alternativa distinta a aceptarlos.

Carecen, pues, de base los dos cargos que acaban de examinarse y por consiguiente han de ser desestimados.

### **Cargo séptimo (recurso de la parte demandada)**

Invocando "... afán de plenitud ..." y con el fin de abundar en la denuncia de los yerros atribuidos al fallador, en este cargo se afirma que la sentencia es violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil, así como también, por aplicación indebida, de los artículos 830 del Código de Comercio, 2341, 2356, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil junto con el principio general relativo al abuso del derecho, incorporado al ordenamiento nacional en desarrollo de la norma del artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

Después de transcribir la parte que estima pertinente de los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil, en punto de explicar la censura comienza el recurrente por recordar las razones que tuvo el tribunal para justificar la decisión de carácter inhibitorio adoptada respecto de la acción de simulación hecha valer por la sociedad constructora demandante, advirtiendo enseguida que "...nada dijo la sentencia de *litis consorcio* a propósito de la acción de abuso del derecho..."; "...en materia de simulación, prosigue el casacionista, cuando el imperativo era confirmar la absolucón, surgieron inusitada e impertinentemente el *litis consorcio* necesario y la decisión inhibitoria, pero cuando se trató de abuso del derecho acogido por el juzgado, nada de *litis consorcio* y mucho menos de inhibición...", lo que significa que resultó "...flagrantemente asimétrico..." el prurito formalista del tribunal, conclusión que el recurso desenvuelve en el siguiente párrafo: "...Conforme al criterio del tribunal, hay abuso en la ejecución del contrato como responsabilidad contractual. Así, es obvia la pregunta de si la demanda pudo, o mejor, podía incurrir en abuso del derecho a causa o con ocasión de todos aquellos contratos, incluyendo los de mutuo y cambio que tienen pluralidad de deudores, exclusivamente respecto de uno solo de estos, o si por el contrario, la cuestión litigiosa, por su naturaleza, tenía que resolverse de manera uniforme para todos los *litis consorte*, lo que determina que el *litis consorcio* sea necesario y que, no habiendo estado en juicio todos sus integrantes, la decisión haya de ser inhibitoria...".

En consecuencia, con el mismo rigor procesalista debió el tribunal declararse inhibido, no solo a propósito de la acción principal, sino también de la subsidiaria.

### **SE CONSIDERA:**

1. En apartes anteriores de esta providencia, al recapitular algunas nociones elementales que son de importancia en orden a identificar un *litis consorcio* necesario determinado por la naturaleza de la relación jurídica objeto de controversia y darle por lo tanto a aquél el tratamiento procesal debido de acuerdo con la ley, se dejó indicado que, ante todo y por obvia necesidad lógica, ha de atenderse a la demanda y, en particular, a los elementos que ella, en cuanto escrito rector del proceso que es por antonomasia, suministra para identificar con exactitud la pretensión deducida en juicio por el demandante, así como el régimen de derecho que le es aplicable por lo que atañe a sus alcances personales y al señalamiento de los sujetos cuya presencia en el debate, de consiguiente, es forzosa. Hacer caso omiso de este elemento y, sobre supuestas "cuestiones litigiosas" que en realidad le son extrañas, montar conjeturas teóricas del linaje de la contenida en el cargo que acaba de extractarse, es esfuerzo estéril del cual nunca podrá derivarse la casación de un fallo endilgándole falta de aplicación de los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil.

2. En efecto, es suficiente remitirse una vez más con ánimo desprevenido a la lectura de la demanda que al presente proceso le dio comienzo, para darse cuenta que entre las distintas consecuencias jurídicas que pueden producir prácticas abusivas como las que en dicho escrito se le imputan a la

entidad aquí demandada, la actora, aduciendo la ilicitud de tales prácticas, solicitó indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales por ella experimentados, acogiendo así al que suele denominarse "efecto reparatorio" del acto abusivo cuya finalidad compensatoria, valga advertirlo, es exactamente la misma que persiguen de ordinario las demás indemnizaciones procedentes en derecho. Da razón la demanda, entonces, de una relación jurídica que vincula, únicamente, al titular de facultades que se dice fueron ejercitadas con abuso y al lesionado que afirma haber soportado los perjuicios a él ocasionados por ese comportamiento, entablada aquella demanda por este último para obtener el reconocimiento del daño que el primero le ha causado, luego es evidente que una decisión jurisdiccional de mérito acerca de esa relación no presupone el tipo de legitimación conjunta para accionar que plantea el cargo en estudio, habida consideración que sobre el autor del acto abusivo fuente de la responsabilidad así exigida, pesa una obligación reparatoria que en tanto se concreta en el pago de una indemnización, de ella es acreedor quien como consecuencia del acto en cuestión, sufra menoscabo en su patrimonio por el demérito de los valores económicos que lo integral o, si se trata de daño moral, padezca agravio injustificado en sus legítimas afecciones.

En este orden de ideas, si varias personas que han intervenido, sea como beneficiarios o bien como garantes, en una operación crediticia de préstamo hipotecario, se ven afectadas por prácticas incorrectas de la institución financiera prestamista, indicadoras de explotación abusiva de la posición dominante en que esta última se encuentra, cada una de ellas cuenta con la legitimación individual necesaria para exigirle por separado el resarcimiento de los perjuicios que demuestre le ha ocasionado esa conducta. En un supuesto de esta índole, no se trata, pues, de saber si la entidad demandada pudo o no incurrir en abuso respecto de algunas de tales personas con exclusión de las restantes, sino de verificar la condición de damnificado que puedan tener las que entre ellas hagan valer pretensiones indemnizatorias fundadas en las consecuencias dañosas que, de manera singular o propia, las prácticas abusivas en mención les ocasionaron, luego es claro que la sentencia atacada, en cuanto estimó procedente la reparación reclamada por la compañía constructora demandante sin la concurrencia de las personas físicas y morales que cita el recurso, no quebrantó ninguna de las normas citadas en el encabezamiento del cargo que por lo tanto también debe ser desestimado.

### **Cargo quinto (recurso de la parte demandada)**

Tomando pie una vez más en la primera de las causales de casación que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se sostiene que el fallo objeto de ataque infringe, "... por aplicación indebida directa ..." el [artículo 2.1.2.3.9](#) de 1991(sic), así como también los artículos 830 del Código de Comercio 2341, 2356, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, 2º del Decreto 678 de 1972 y el principio general del abuso del derecho incorporado al ordenamiento por la jurisprudencia en desarrollo de la norma del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, estos últimos por indebida aplicación originada en errores en la apreciación de la prueba, "... de derecho en la del dictamen pericial y de hecho evidente en la de otros medios ...", todo ello bajo la advertencia de que se toma el razonamiento del tribunal "... al margen de sus tergiversaciones, tanto de la demanda como del abuso del derecho, de su radio de acción y del criterio para calificar los hechos, o sea que se examina su actitud frente a la prueba de cada uno de los elementos de la responsabilidad ..." para de este modo establecer frente a cada cual "... un sinnúmero de errores manifiestos y enormes ...".

De acuerdo con la sentencia proferida en segunda instancia, y en especial el capítulo de "conclusiones" (fls. 105 y ss., cdno. 5) en ella contenido, la conducta abusiva en que incurrió la corporación demandada y que el tribunal imaginó como demostrada, tuvo una doble faz. Consistió, en primer lugar, en condicionar el otorgamiento del préstamo solicitado a un depósito que previamente debió efectuar la sociedad demandante por un valor igual al 10% del importe total de los fondos requeridos, lo que le significó a esta última tener que obtener de terceros recursos financieros en condiciones onerosas —pues tuvo que pagar por este concepto \$ 735.000—, y en segundo lugar, en haber destinado dineros, para no prestarlos al constructor, sino para crear depósitos a término, incurriendo por lo tanto en una práctica que le permitió a XXX cobrarle a XXX sumas mayores de las autorizadas a las corporaciones de ahorro y vivienda, apreciaciones ambas que a juicio de la censura no encuentran respaldo en las

pruebas obrantes en el proceso y tan es ello cierto que, por lo que al depósito concierne el juzgador, "curiosamente", no pronunció condena alguna, de suerte que el yerro de hecho denunciado, consistente en haber ignorado "íntegras" las pruebas practicadas, "... resulta indiferente o inocuo ...".

Puestas en este punto las cosas, concentra su atención el recurrente en el segundo de aquellos dos aspectos destacados, es decir en el abuso que "... al parecer se habría dado con oportunidad del otorgamiento del crédito ...", esforzándose por identificar los afirmados desaciertos en el terreno de la prueba mediante una vasta disertación que, en gracia de la brevedad, puede resumirse del siguiente modo:

a) Partiendo del supuesto de que la acogida en el fallo impugnado es una acción de responsabilidad y que por consiguiente "... su deducción arranca con el establecimiento del daño y su cuantía...", dicha providencia incurrió en error de derecho al tener por demostrado este elemento con el dictamen pericial rendido en el curso de la instancia (fls. 167 a 197, cdno. 1), limitándose para el efecto a expresar que esa prueba es suficiente para confirmar la condena contenida en el punto IV) de la parte dispositiva de la sentencia proferida por el juzgado 13º civil del circuito de esta ciudad, habida cuenta que una vez aclarado, el peritaje contable en cuestión no fue objetado y de acuerdo con este trabajo técnico, el perjuicio representado en las cantidades que la corporación demandada recibió en exceso después de efectuadas las subrogaciones a los adquirentes de nuevas unidades inmobiliarias construidas y la dación en pago de las que no se vendieron, equivale a 23.187.7067 unidades de poder adquisitivo constante. Aparte de fundarse en un recuento "...paralizado..." de la prueba recaudada, frente al dictamen mencionado cayó, entonces, el tribunal en "... yerro inmenso" por falta de aplicación de los artículos 187, 238 y 241 del Código de Procedimiento Civil "... al atribuirle —en el aspecto concreto que se dejó señalado— valor absoluto ... sin haberlo analizado y al negarse a examinarlo porque no había sido objetado ...", pasando a tener por acreditado, sobre tales premisas, "...un daño hechizo y desprovisto de prueba, y lo que es aun más inexplicable, con ese solo elemento procedió a declarar que se debía confirmar la condena del juzgado ...", y

b) De otra parte y a propósito de la comisión misma de conductas abusivas imputables a la entidad demandada, relaciona el casacionista más de cuarenta documentos que, reposando en distintos cuadernos del informativo, ponen al descubierto que esa corporación, en la operación de financiamiento realizada con XXX, no desvió fondos a finalidades no permitidas y tampoco que esa actuación irregular le permitió beneficiarse económicamente con menoscabo indebido para la sociedad constructora aquí demandante. "...Para cuando ocurrieron los hechos esgrimidos en este proceso -apunta la censura- no regía el [Decreto 1730 de 1991](#), y en especial su [artículo 2.1.2.3.9](#), de modo que su mención, transcripción y empleo, a más de impertinentes, resultan violatorios del mismo. Pero por sobre todo, el hecho de que en 1991 el legislador delegado hubiera resuelto introducir estas o aquellas prohibiciones o limitaciones, no permite calificar de abusivas las prácticas universales de las corporaciones, del todo lícitas y adecuadas a su función, durante el tiempo anterior. La retroactividad, tanto en la aplicación como en la descalificación de la conducta, es indebida..." y las pruebas de carácter documental detalladas a espacio en el escrito sustentatorio del recurso, demuestran, junto con los propios hechos descritos en la demanda que al proceso le dio comienzo, "...que Constructora XXX Ltda. solicitó crédito para construir edificio, que XXX, una vez verificada la correspondencia del programa con su razón social y las demás exigencias reglamentarias, aprobó el crédito y lo amplió; que conforme a las pautas de las corporaciones, Constructora XXX suscribió junto con garantes personales, sendos pagarés por el valor de los créditos, y constituyó dos hipotecas sobre el solar donde se levantaba la edificación; que para asegurar la disponibilidad de fondos en las sucesivas oportunidades de desembolso, a medida que avanzaba la obra, en las dos ocasiones con el valor del préstamo, por acuerdo entre las partes, XXX otorgó certificados de ahorro de valor constante a favor de XXX sobre los que reconoció corrección monetaria; que en cuanto la construcción fue adelantada, de acuerdo con el programa de obra y las pautas de las corporaciones, se fueron redimiendo los sucesivos certificados de valor constante con abono de la corrección monetaria y se les sustituyó por otros, cuyo valor era el producto de sumar la corrección y restar el desembolso; que para ello XXX solicitaba visitas mensuales; que XXX cobró sobre los sucesivos saldos los intereses administrativamente establecidos, como la propia

deudora demandante lo reconoce en carta de 15 de marzo de 1985; que nunca ella objetó las liquidaciones que regularmente XXX le enviaba y ella recibía; que la deudora se constituyó en mora y XXX fue tolerante y amplia con ella; que la corporación a instancia de la constructora informó a la Superintendencia Bancaria los detalles del préstamo; que la constructora, en ese mismo orden de ideas, le envió a la prestamista el reglamento del edificio, como también las sucesivas solicitudes de división del crédito y la garantía entre las unidades de apartamentos, y las de subrogación de la prorrata a los distintos compradores ...; que ante su falta de liquidez, la deudora propuso distintas fórmulas de solución; que XXX aceptó la dación en pago de apartamentos, a la vez que le hizo concesiones importantes ...", de suerte que solo desconociendo el contenido de los documentos en tanto son prueba concluyente del conjunto de circunstancias que acaban de reseñarse, pudo el tribunal afirmar que la institución financiera demandada destinó recursos a fines distintos de los que a las empresas de esa naturaleza les asigna el Decreto 678 de 1972, e igualmente falaz resulta el aserto judicial de que XXX "... cobró sumas de dinero mayores a las autorizadas a las corporaciones ...".

Patente es, pues, "... el artificio del tribunal y su desentendimiento absoluto de los hechos y de las pruebas enunciadas ...", solicitando por ende el recurrente que se case la sentencia para en sede de apelación, revocar así mismo y en lo que atañe al tema específico de incumbencia al cargo, la sentencia condenatoria proferida por el juzgado de primera instancia.

### **Cargo sexto (recurso de la parte demandada)**

Guardando estrecha simetría con el anterior, citando como infringidas las mismas normas de derecho sustancial allí aducidas y estructurado siguiendo una línea argumental cuya semejanza salta a la vista, en este cargo se sostiene, respecto del dictamen pericial rendido y la función que a dicho medio le asignó la sentencia en orden a demostrar la existencia del daño indemnizable y su cuantía, que el tribunal, "... a plena conciencia ...", recortó el contenido de dicha experticia al prescindir de "... la precisión que hicieron los peritos acerca del sentido y alcance de sus apreciaciones ...", precisión que consta en una "nota" dejada por ellos visible a folio 197 del cuaderno principal (hoja 24 del dictamen) cuyo texto es del siguiente tenor: "... Hasta el momento se han contestado las preguntas presentadas por cada una de las partes según los parámetros establecidos por cada una de ellas. Es de aclarar que revisadas las respuestas que hacen referencia a las cifras que según XXX, rebajó a constructora XXX Ltda., o que según esta, pagó en exceso a la corporación demandada, se puede advertir una contradicción entre una y otra. Ahora bien, en nuestro sentir las respuestas que hemos dado solamente se han ceñido a los parámetros de cada una de esas preguntas las cuales son reflejo de la posición que cada una de las partes ha asumido en este proceso, es decir que para Constructora XXX Ltda., no hubo el crédito inicial por \$ 68 millones el día 23 de septiembre de 1982 ni el posterior por \$ 26 millones el día 25 de mayo de 1983 y en consecuencia formuló sus preguntas sobre esa base, mientras que para XXX en esas fechas y por esas cuantías sí concedió esos créditos a la compañía demandante. Entonces, como cada una de las preguntas parte de parámetros diferentes, esa es la razón para que lleguemos a conclusiones distintas...", ello aparte de que el tribunal; incurriendo en otro "exabrupto", acabo trasladando a los peritos el fallo del proceso, de manera tal que "... no solo las respuestas hipotéticas de los contadores se volvieron directas y definitivas, sino que el tribunal se sustrajo de razonar y de decidir ... conviniendo un ejercicio matemático en pronunciamiento judicial..." llevándose de calle el sentido común y, por último, no parando ahí "... el desafuero ...", tampoco estudió el dictamen en cuestión en su integridad ni lo cotejó con las demás pruebas "...para darse cuenta de que no podía tomar las respuestas de los peritos con prescindencia de la explicación o disculpa que ellos dan en la mencionada nota del folio 197 ...".

Con estas tres facetas, ataviadas por cierto con un frondoso repertorio de desdeñosos adjetivos utilizados por el recurrente para descalificar la decisión jurisdiccional sometida a crítica y el trabajo realizado por los peritos, se le imputa, entonces, a la corporación sentenciadora error de hecho manifiesto en la apreciación del dictamen, error que lo condujo a tener por demostrado "... no solo el daño sino la responsabilidad entera ..." y, por lo tanto, a confirmar la providencia del juzgado en cuanto condenó a la entidad crediticia demandada a pagarle a la compañía constructora demandante

23.187.7067 UPAC, valor en que se estimó el menoscabo patrimonial —daño emergente— sufrido por la segunda como consecuencia del abuso en que la primera incurrió en el ejercicio de sus prerrogativas; esas veintitrés mil y tantas UPAC -dice la censura- ...no fueron un pago de más, sino una hipótesis, el juego vano de la demandante, su ilusión, lo que podría obtener de ser ciertas sus consejas y argucias que ... el tribunal convirtió en verdad y decisión sin otro respaldo que el imperio de su sinrazón y arbitrariedad ...", afirmación esta última que explica el siguiente párrafo de la demanda de casación en estudio: "... Conforme se planteó en el alegato de conclusión, es inconcebible el aserto de que Constructora XXX no hubiera recibido en mutuo \$ 68 millones el 23 de septiembre de 1982 y \$ 26 millones el 25 de mayo de 1983 y que solamente vino a recibir los préstamos paulatinamente, en los sucesivos contados mensuales, a medida que avanzaba la obra, por lo cual habría pagado intereses de mutuo no celebrado aún. Y no lo es porque ahí están los certificados de ahorro de valor constante, constituidos en su favor, sobre los cuales devengó corrección monetaria, que se le abonó y percibió, que se le fueron cancelando sucesivamente por instrucciones suyas, para abonar la corrección y restar el desembolso mensual. Todo lo cual ocurrió como no pudo menos de reconocerlo la sentencia (apartado c), fl. 107, cdno. 5) ¿Cómo entender entonces la contradicción del juzgador incluso consigo mismo? Ahí están, lo repito los documentos de folios 101 a 102, 134, 135, 102 a 133 y 136 a 142 (comprobantes de apertura de los certificados de ahorro reajutable y certificados de ahorro de valor constante) y está la carta de XXX de 15 de mayo de 1985 (fls. 89 a 96) que impiden incurrir en aquella falsedad y que rectifican los equívocos, evasivas y apariencias de los peritos en sus respuestas al seguir la partitura de constructora XXX ...".

Lo que resta del desarrollo que a la tesis impugnativa le da su autor hasta concluir en que debe casarse la sentencia para revocar también la de primera instancia y absolver a la corporación demandada, es una reproducción literal del cargo inmediatamente anterior, motivo por el cual al correspondiente resumen, ahora se remite la Corte.

#### SE CONSIDERA:

1. Dada la forma como aparecen formulados los dos cargos que en conjunto se examinan, una vez más se hace necesario reiterar que el recurso de casación por quebrantamiento indirecto de la ley, no constituye una instancia adicional del juicio en la que tenga cabida un replanteamiento libre e inmediato de la facticidad litigiosa en orden a obtener su revisión, reajuste o constatación por fuera del marco, sumamente restringido en verdad, que a posibilidad semejante le señala el numeral 1º inciso 2º, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. Por eso se ha dicho que en esta fase concreta, es de la esencia del recurso aludido la intangibilidad de los hechos que en instancia se declaran probados como postulados de general aplicación al menos y que, por norma, delimita el campo de impugnación eficaz para los propósitos infirmatorios del fallo que se propongan alcanzar los litigantes, ello desde luego en línea con la finalidad institucional básica de formación de doctrina uniforme en la interpretación judicial del ordenamiento jurídico, que de conformidad con el artículo 365 de la misma codificación recién citada es característica del recurso de casación; en consecuencia, la actividad revisora de la Corte en el ámbito del que viene haciéndose mérito no es panorámica por regla general debe obrar con respeto por el juicio acerca de los hechos litigados formado en la sentencia definitiva que clausura la instancia, habida consideración que solo habrá lugar a quebrar esta última cuando, por efecto de intolerables errores de hecho en la apreciación de la prueba que la simple observación del expediente ponga de manifiesto con absoluta certeza (G.J., T. CXXXIX, pág. 240), o debido a desaciertos en el entendimiento o en la aplicación de las leyes reguladoras de la prueba, resulte defectuosamente construida la premisa menor del "silogismo judicial" y por ende, dada su influencia en la decisión jurisdiccional proferida, infringidas normas de derecho sustancial por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Así, pues, el resorte del recurso de casación por violación de la ley sustancial en vía indirecta, es decir el mecanismo previsto en el segundo inciso del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil es excepción a una regla general como de vieja data lo tiene sentado la doctrina jurisprudencial al reiterar en multitud de veces, que si el error de hecho de que se trata "... ha de

consistir ya en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no está en los autos, ya en que haya ignorado la existencia de ella, hipótesis en las que respectivamente se comprenden por imperativo lógico los casos en que aquél haya falseado la objetividad de un medio agregándole algo que le es extraño o cercenándole su real contenido...", si el yerro así configurado "... tiene que traducirse en conclusión contraevidente y ... ser trascendente a la decisión ..." y, en fin, si el llamado error probatorio de derecho "... se reduce a un problema de valoración legal consistente en que a pruebas materialmente bien contempladas el juzgador les asigna un mérito que la ley no consagra o les niega el que ella les otorga ...", es claro que en casación "... no puede ser dable acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en procura de que la Corte llegue a una convicción distinta de la profesada por el tribunal; y es frustrante (sic) todo empeño que, saliéndose de los cauces estrictos imperados por la técnica del recurso, tienda a ensayar un examen de la cuestión litigiosa diferente del realizado por el sentenciador. Todo esto porque factor de primer orden en su poder decisorio es el de la discreta autonomía que por ley le compete para la apreciación de las cuestiones de hecho que las pruebas encarnan; porque el recurso de casación no es una instancia más del juicio, y porque el fallo sube a la Corte amparado por la presunción de acierto..." (G.J., T. CXXXII, pág. 214).

2. En la especie que ocupa la atención de la Corte y no obstante el rigor técnico empleado en la presentación externa de los dos cargos cuyo contenido acaba de extractarse, no se necesita mayor esfuerzo para comprender que, en último análisis, el recurrente se propone lograr que en sede de casación prevalezca su criterio personal sobre la manera correcta de apreciar en su conjunto el material probatorio que los autos suministran, tomando como punto de partida y blanco a la vez de su punzante crítica, una visión probatoria global de la cuestión litigiosa de hecho, mezclada en hábil desarreglo con aspectos de pura calificación jurídica, que con la exactitud indispensable no coincide con aquella que muestra el fallo objeto de impugnación.

En efecto, en lo que atañe a la decisión por cuya virtud recibió confirmación la que en primera instancia se profirió en el sentido de acoger la primera de las pretensiones subsidiarias deducidas en la demanda que al proceso le dio comienzo, "consistente en el abuso de derecho deprecado ...", el juzgador *ad quem* tuvo por demostrado algo mucho más sencillo y evidente que la artimaña intencional que el casacionista pretende hacer ver como atribuida, sin respaldo ninguno en la prueba recaudada y por enconado prejuicio, a la corporación demandada. Para el tribunal, de acuerdo con lo que se lee en el aparte D) de los motivos expuestos para justificar aquella decisión y apoyándose no solamente en el peritaje contable rendido sino también en manifestaciones concordantes de ambas partes acerca del modo como la operación de préstamo hipotecario entre ellas celebrada se preparó, se instrumentó y se liquidó, dicha institución financiera, sin respaldo en las disposiciones reglamentarias que gobiernan su actividad "... pero eso sí en verdad con anuencia de la beneficiada...", puso en práctica un esquema combinado de contratos ligados que se tradujo en daño para esta última, representado ese daño en prestaciones suplementarias a su cargo y a favor de la entidad prestamista que, en términos económicos, no son equitativas y por lo tanto dan lugar a exigir la condigna compensación por vía indemnizatoria, teniendo en cuenta la ilicitud que reviste aquél proceder "... pues el destino que captan de los ahorradores las corporaciones, son (sic) precisamente para prestarlos al constructor, no para crear depósitos a término ni hacer ninguna otra inversión diferente...", sentando de esta forma un juicio sobre los hechos que como a continuación pasa a verse, no se resiente de cúmulo de ostensibles desvaríos que denuncian los dos cargos en estudio.

a) En primer lugar y por la significativa importancia que el tema adquiere en orden a verificar el grado de normalidad que en verdad tiene la conducta desplegada en este caso por la entidad demandada, inevitable es volver a insistir que desde 1981 (Ds. 1084/81 y 721/87) hasta llegar al [Decreto 1730 de 1991](#), el ordenamiento positivo no ha dejado de mirar con resquemor, en las operaciones de préstamo realizadas por las corporaciones de ahorro y vivienda, aquella práctica consistente en el abono directo del producto de tales préstamos mediante la constitución, "autorizada" de antemano en la misma institución prestamista, de depósitos no retribuidos con el pago de intereses a tasas de mercado e indisponibles libremente por parte del mutuario; y valga señalar que esa desconfianza no es gratuita porque gracias a este mecanismo, entidades de crédito que por ser tales se hallan en posición

dominante frente a los potenciales usuarios de los servicios que ofrecen, sin necesidad objetiva ninguna y contando desde luego con la adhesión de dichos usuarios, termina reservándose para sí una actividad auxiliar que bien podrían llevar a cabo, eliminando prestaciones suplementarias disimuladas, otros establecimientos financieros, lo que equivale a decir que se trata de un proceder que a la luz de la ley es contrario a las buenas prácticas de disciplina y transparencia en la actividad bancaria en cuanto que, además de facilitar el "engorde" de balances, incrementa sin justificación los costos para el usuario, toda vez que a módico precio para la institución depositaria y con pérdida para el depositante, le permite a la primera mantener una retención "consentida" de los fondos prestados, a lo que se une por contera el cobro de intereses comerciales sobre capitales "vinculados" al depósito por cuyo óptimo aprovechamiento económico el titular, mutuario y depositante a la vez, no cuenta con ninguna libertad de acción. No incurrió, pues, el tribunal en descomunal disparate al afirmar en el fallo que, por causa de una práctica operativa cuya irregularidad puede medirse con referencia a los decretos 678 de 1972 y [1730 de 1991](#), la corporación demandada, no obstante obrar en uso de facultades legítimas, se desvió de los fines en vista de los cuales ha sido reglamentado su ejercicio por el Estado, desviación que redundó en daño para la compañía constructora demandante pues "... de esta manera irregular se le cobraban ... sumas de dinero mayores a las autorizadas a las corporaciones de ahorro y vivienda ...";

b) En segundo lugar, de la larga serie de documentos que relacionan los dos cargos en estudio, cuya lectura por cierto respalda sin duda el entendimiento que a ese caudal demostrativo le da la censura, no se desprende sin embargo nada que, en forma contundente, permita calificar de necia extravagancia el juicio de hecho reseñado en el párrafo precedente, habida cuenta que aun aceptando que las condiciones de la operación de préstamos contaron siempre con el asentimiento de la sociedad constructora XXX Ltda. y que no se desarrollaron a sus espaldas los distintos contratos que componen dicha operación, cosa que por añadidura reconoce de manera expresa la sentencia impugnada, eso no implica de suyo que la corporación XXX de ahorro y vivienda XXX, atendidos los resultados perjudiciales que la práctica descrita produce para los intereses de sus clientes, no haya incurrido en extralimitación de la normalidad en el ejercicio de sus prerrogativas, haciéndose deudora por consiguiente de la compensación respectiva. No son estos, entonces, elementos del juicio jurisdiccional emitido que, por falta de observación de la copiosa prueba escrita citada por el recurrente, haya engendrado imaginariamente la corporación judicial sentenciadora, lo que obliga a descartar por este aspecto específico la existencia de los errores de hecho que el recurso registra, y

c) Por último, en lo que toca con los yerros tanto de hecho como de derecho que se le atribuyen al tribunal en la apreciación del dictamen pericial rendido en el curso de la primera instancia del proceso, tampoco se abre paso el ataque por falta de suficiente consistencia, ello aparte de la notoria contradicción que supone la imputación de ambos tipos de errores respecto de un único medio de prueba, puesto que se repite, los errores probatorios de derecho atañen al mérito legal de dicho medio cuya entidad objetiva, por lo tanto, ha sido constatada y fielmente respetada, mientras que los errores de hecho excluyen por definición esta hipótesis.

Sabido es que el fundamento de la fuerza probatoria de un dictamen pericial regularmente producido y libre de tacha por error grave, en la perspectiva propia del recurso de casación, descansa sobre tres bases que, en la práctica del oficio de juzgamiento en el proceso civil, operan como auténticas presunciones, a saber: La primera, que los peritos han sido sinceros, veraces y que el dictamen por ellos rendido es con toda probabilidad acertado; la segunda, que esas mismas personas son capaces y expertas en la materia a la que pertenecen las cuestiones sobre las cuales dictaminan y la tercera, en fin, que han analizado debidamente esas cuestiones, efectuando sus observaciones de los hechos y de la evidencia disponible con eficiencia, y así mismo han expuesto su opinión y realizado las inferencias pertinentes, empleando las reglas técnicas, científicas o artísticas que la experiencia conoce y aplica para tales fines. En consecuencia, para combatir eficazmente en casación la estimación de un medio de prueba de esta naturaleza y descalificar por entero la certeza que con apoyo en él hayan alcanzado los sentenciadores de instancia acerca de la verdad de los hechos litigados, no basta con poner en tela de juicio, echando mano de argumentos más o menos serios, la solidez de las mencionadas presunciones, sino que, por el conducto forzoso de los errores de derecho o de hecho manifiestos, es



indispensable destruirlas, resultado que en la especie *sub examine* no logra conseguir la impugnación: (i) Porque la sola circunstancia de que el tribunal se limite en su sentencia a señalar la falta de objeción por error grave, no trae como inexorable secuela que haya ignorado las reglas de sana crítica a que alude, para la apreciación de evidencia de este linaje, el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 187 del mismo cuerpo legal, ni menos aun que haya transformado lo que apenas es una prueba, que en cuanto tal debe valorarse, en una especie de función jurisdiccional delegada en cabeza de los peritos; (ii) Porque la nota dejada por estos últimos para explicar el alcance de sus respuestas a los cuestionarios formulados, aparte de que no pasó desapercibida como puede verificarse con la cuidadosa lectura del literal c) del capítulo final de la parte expositiva del fallo atacado (fl. 111, cdno. 5), no acredita del modo absoluto en que lo proclama el casacionista, que el peritaje contable en cuestión, al tasar en 23.187.7067 UPAC el valor de las prestaciones suplementarias que recibió de la actora la institución financiera demandada, dejó de emplear las reglas técnicas que el análisis económico de información bancaria conoce y manda aplicar; y en fin, (iii) Porque de ser cierto que el dictamen tantas veces mencionado y que obra a folios 167 y siguientes del cuaderno principal del informativo, es un trabajo desdeñable realizado por "...mentalidades obtusas y obsoletas...", brilla por su ausencia en los autos la pertinente objeción por error grave que ha debido formular, en la oportunidad debida, quien de ese modo piensa pues quiérase o no, supone afirmar que la obra de los peritos contiene conceptos objetivamente equivocados y es este un dato cuya relevancia posible en sede de casación depende de que, en términos procesales, venga fijado en forma definitiva desde la instancia. De no darse así las cosas, en ese nivel del trámite de la causa tendrá que prevalecer entonces aquella presunción de que los peritos son capaces y expertos en la materia a la que pertenecen los hechos sobre los cuales rindieron su dictamen.

En suma, tampoco pueden recibir despacho favorable los dos cargos que acaban de estudiarse.

#### SECCIÓN CUARTA

##### **Cargo cuarto (recurso de la parte demandante)**

Por defecto de "mínima petita" se acusa la sentencia de no estar en consonancia con lo solicitado en los literales b) y c) del numeral 1º de la primera de las pretensiones subsidiarias deducidas en la demanda con la cual se inició el presente proceso.

Y esa incongruencia negativa por defecto, dice el recurrente al desarrollar su tesis, se pone de presente en la condena contenida en la sentencia de primer grado, y confirmada por el tribunal, por virtud de la cual se le impuso a la corporación demandada la obligación de pagarle a la sociedad actora "...el exceso de lo pagado..." justipreciado en 23.187.7067 UPAC que, según dicho pronunciamiento, "... corresponde al daño emergente demandado en los literales a) y b) de las pretensiones subsidiarias...", pero en realidad nada dijo acerca de la petición contenida en el primero de los referidos literales "... pues de solo mencionarla no pasó al hecho concreto de decidir sobre ella", y tampoco lo hizo respecto a lo solicitado en la letra c), ello a pesar de que los específicos perjuicios, "irrogados con el abuso del derecho consignado en la petición primera subsidiaria..." y que son de tres clases distintas e independientes entre sí, "... quedaron establecidos y cuantificados dentro del proceso...".

Así, pues, luego de recordar el alcance que le dio la demanda a la pretensión indemnizatoria allí deducida y fundada en el ejercicio abusivo de sus derechos por parte de XXX, pasa el censor a hacer un detallado recuento de los argumentos de prueba obrantes en el proceso que, en su sentir, permiten tener por establecidos, en su entidad y cuantía, aquellos perjuicios respecto de los cuales se dice que guardaron silencio los sentenciadores de instancia.

#### SE CONSIDERA:

1. Por sabido se tiene, ya que así lo viene reiterando de manera constante la jurisprudencia desde hace muchos años, que la causal de incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado "... tiene por objeto la enmienda de un singular vicio de procedimiento en la resolución de

segundo grado, consistente en que esta se pronunció sobre asuntos extraños a la relación jurídico-procesal, o no se acomoda a plenitud con las pretensiones formuladas en oportunidad por las partes, al haber dejado peticiones del reclamante o de la defensa sin resolver, o haberles concedido más de lo que pretendieron ..." (G.J., T. CXXIV, pág. 144). En consecuencia, la aludida causal no puede darse sino cuando el sentenciador no emite pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, acerca de los temas litigiosos eficazmente formulados por las partes, cuando no se circunscribe a estos extremos, o, en fin, cuando provee sobre ellos pero sin respetar sus límites cualitativos o cuantitativos, habida cuenta que en todos estos eventos resulta desconocido el principio de conformidad con el cual, tratándose de los pronunciamientos de fondo de las autoridades jurisdiccionales en materias civiles y por mandato del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, esas resoluciones deben ser "... respuesta acompasada con lo pedido, por el demandante y con las defensas del demandado, de manera que no pueden exceder esos límites y tampoco pueden dejar sin desatar los precisos temas que fueron sometidos a decisión ..." (Cas. Civil, ago. 29/88 y jul. 16/90, ambas sin publicar).

Así las cosas, para definir si en verdad determinada sentencia adolece de un vicio de tal naturaleza, nada diferente debe hacerse a compararla con los escritos rectores del pleito en orden a establecer si guarda con ellos la armonía indispensable para que, de dicha providencia, pueda aseverarse que falló sobre el mismo objeto del proceso, que concede o niega -en todo o en parte- lo solicitado y que, en consecuencia, no altera sustancialmente las pretensiones de las partes y respeta la causa petendi, ya que a todo esto es a cuanto obliga el aludido precepto que consagra el principio de congruencia, razón por la cual ha puntualizado la Corte, aparte de que para el efecto solo cabe tener en cuenta la parte resolutive de la sentencia "... pues la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo..." (G.J., T. LXXV, pág. 62), que para comprobar la existencia de la causal tantas veces mencionada "... es necesario, a la vez que bastante, comparar los planteamientos de las partes con la decisión del tribunal, con la advertencia de que dentro de aquellos solo pueden tenerse en cuenta, como terminantemente lo exige la ley, los que hayan sido oportunamente deducidos, aplicando el principio de la preclusión (...), lo que equivale a sostener a modo de criterio general de orientación en este campo, y también con palabras de la Corte muchas veces repetidas que nunca la disonancia podrá hacerse consistir en que el tribunal sentenciador haya considerado la cuestión *sub judice* de manera diferente a como la aprecia una de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguna de estas..." (G.J., Ts. XLIX, pág. 307, y CCXIX, pág. 16).

2. Puestas en este punto las cosas, si la incongruencia catalogada como motivo de casación por el numeral 2º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, no estriba en la discrepancia del juzgador con las aspiraciones de las partes, sino que resulta de una situación muy diferente derivada de excesos u omisiones capaces de romper la armonía que por mandato de la ley ha de prevalecer entre lo pedido en el proceso y lo decidido en la sentencia, con facilidad puede concluirse, entonces, que el cargo en estudio resulta inane y debe por lo tanto desecharse.

En efecto, realizado el cotejo de rigor entre las sentencias de instancia, por un lado, y por el otro el escrito de demanda que al proceso le dio comienzo, salta a la vista que el tribunal, en cuanto que en el punto litigioso que aquí importa destacar confirmó de manera integral la resolución del *a quo* y haciendo de lado los conceptos que merezcan los juicios de hecho y de derecho en que se fundan esas conclusiones decisorias, no incurrió en la omisión cualitativa que, en lo atinente al alcance del daño indemnizable reconocido por el fallo, le endilga el recurrente; en apreciaciones que por la simple razón de no ser coincidentes con las propuestas por la demandante no se las puede tachar de incongruentes, entendieron los juzgadores de instancia, en relación con los factores componentes del detrimento patrimonial producido como consecuencia de prácticas abusivas imputadas a la corporación demandada, que a título de pérdida efectiva -daño emergente- hay lugar únicamente a exigir la restitución de las cantidades que, expresadas en unidades de poder adquisitivo constante, aquella pagó en exceso, declarando igualmente y en forma por lo demás categórica (Cfr., fl. 346 vto., cdno. 1) que, "... por no haberse demostrado la exigencia de la corporación...", ha de negarse la pretensión destinada

a obtener el reembolso de los costos financieros que asumió la Sociedad XXX Ltda., para procurarse fondos exigidos por XXX en diferentes etapas de la operación de préstamo realizada.

En estas circunstancias, pues, el defecto de pronunciamiento denunciado no existe y de ahí la necesidad de rechazar el cargo.

### **Cargo quinto (recurso de la parte demandante)**

Apoyándose en la primera de las causales de casación que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en este cargo se acusa la sentencia por infringir directamente los artículos 2822 y 830 del Código de Comercio, junto con los artículos 1612 a 1614 del Código Civil, ello en el entendido que a diferencia de la interpretación sostenida para justificar el cargo anterior, dicha providencia negó el reconocimiento del perjuicio consistente en la pérdida que para la sociedad demandante y por efecto de la actitud abusiva en que incurrió la institución financiera demandada, significó la diferencia entre el valor real de los doce apartamentos que fueron materia de la dación en pago efectuada y aquél en que esa institución, en su condición de acreedora, los recibió.

Estima el recurrente, y lo señala como punto de partida al que le atribuye importancia cardinal en la demostración del cargo, que no solamente por su existencia misma sino por las circunstancias que la rodearon, circunstancias estas de las que hace sumario recuento, la dación en pago de doce de los treinta y cinco apartamentos construidos, "... constituyó parte del todo llamado abuso del derecho", pero no obstante ello fue negada la "...solicitud indemnizatoria que pretendía resarcir ese específico concepto...", quebrantándose por lo tanto, y debido a inaplicación, los preceptos sustanciales que cita el encabezamiento del cargo. "... Si bien es cierto que el tribunal aplicó de un modo expreso la tesis(sic) del abuso del derecho consignada en el artículo 830 del Código de Comercio -dice la censura- igualmente lo es que no estuvo aplicada tal norma en toda su verdadera dimensión. En efecto, ya se vio que parte integrante del abuso aquél lo constituyó todo lo relacionado con la dación en pago, en los términos y circunstancias relatados en la demanda; por esa razón, esto es por haber aceptado el tribunal esos hechos, era obvio suponer que consecuencia necesaria de su reconocimiento, era el proferir sucesáneamente la correspondiente condena por ese concepto ya reconocido...".

Si se reconoció el abuso del derecho debió el tribunal condenar al pago de la totalidad de los perjuicios causados por esa conducta, por lo que se pide sea infirmada la sentencia para en su lugar, procediendo la Corte en sede de instancia, adicionar la condena impuesta por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá en el sentido de incluir la reparación del daño solicitado en la letra b) del numeral 1º de la primera petición subsidiaria, adición que por lo demás deberá efectuarse, en lo que a la "... cuantificación de los perjuicios..." concierne, de acuerdo con el análisis que de las pruebas conducentes lleva a cabo el casacionista en la parte final de su exposición.

### **SE CONSIDERA:**

1. Con empeño y por cuanto la noción responde a exigencias lógicas de sobre conocidas que tienen, además, la correspondiente afirmación normativa, ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación, en forma reiterada, que a la violación de la ley sustancial que constituye el supuesto básico de la causal primera de casación, se puede llegar por dos rumbos diferentes, directamente o por vía indirecta, distinción que por lo tanto debe siempre tener adecuado reflejo en los cargos que con apoyo en esa causal sean formulados ...". Tiene lugar la primera modalidad cuando sin consideración a los medios de convicción que le hayan servido al sentenciador para formar su juicio, el fallo inaplica para la decisión del litigio un precepto que claramente lo rige, o le aplica el que no lo gobierna o le aplica el que sí le es pertinente pero dándole un alcance que no le corresponde ...", mientras que se da el quebranto indirecto "... cuando el fallador en la estimación de la prueba incurre en un error de hecho o en uno de derecho, y a consecuencia de tales desaciertos, deja de aplicar al caso litigioso la norma que verdaderamente lo regula o le aplica una que le es extraña ...". (Cas. Civil, nov. 28/89 y feb. 13/92, sin publicar), lo que en el terreno de las consecuencias prácticas equivale a decir, como también lo tiene afirmado la doctrina jurisprudencia, que la violación directa de la ley sustancial implica, por

contraposición a la que a su vez es hipótesis propia de la violación indirecta, que por el juzgador no se haya caído en desacierto alguno, de hecho o de derecho, en el manejo de las pruebas y que, por lo tanto, "... tampoco exista reparo que oponer contra, los resultados que en el campo de la cuestión fáctica haya encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba ..." (G.J., Ts. CXLVI, pág. 60 y CCXIX, pág. 260).

Fijados así los términos de la distinción en referencia, no se remite a dudas que en la presentación de un cargo en realidad formulado por la primera de aquellas dos vías, no le es dado al recurrente separarse en lo más mínimo de las conclusiones a que en la labor de determinación de los hechos relevantes llegó la providencia combatida; en tal caso, la única actividad dialéctica admisible ha de circunscribirse, con exclusividad, a los preceptos de naturaleza sustancial que consideró no aplicados o aplicados indebidamente o infringidos por yerro hermenéutico, pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que, montada sobre una discrepancia más o menos disimulada con el sentenciador de instancia en el plano del que se viene hablando, produzca de modo inevitable la necesidad de un nuevo examen crítico de los medios probatorios recaudados. En otras palabras, cuando se trata en verdad de agravio inferido a la ley por fuera de los hechos y su prueba, tanto el tribunal de casación como el recurrente tienen que trabajar por fuerza con las reglas de derecho únicamente y ante ellas, para enjuiciarla, vislumbran la *litis*, dando por supuesto que esos hechos están o no acreditados y partiendo de la base de una u otra cosa, solo les resta "en función de control jurídico" (G.J., T. CXXIX, pág. 52), establecer si la ley sustancial llamada a regir ese caso concreto ha sido o no observada en el juicio jurisdiccional que cierra la instancia.

2. Pues bien, a pesar de las manifestaciones del recurrente para justificar el mecanismo de impugnación por él escogido en este cargo, basta la sola lectura del mismo para inferir sin dificultad que, habiendo sido formulado claramente por infracción directa del artículo 830 del Código de Comercio junto con los artículos 1612 a 1614 del Código Civil, su desarrollo viene cimentado en que el sentenciador ignoró las circunstancias de hecho que rodearon la celebración de la convención liberatoria contenida en la Escritura Pública 803 de 19 de julio de 1985 otorgada en la notaría 28 de esta ciudad, circunstancias que en opinión de la censura permiten tener a ese acto como parte del abuso cuya existencia declara el fallo, y los perjuicios que para la sociedad demandante también de allí se derivaron, representados ellos en una apreciable diferencia entre el valor comercial de los inmuebles entregados a título de pago y el reducido valor de intercambio en que aceptó recibirlo la corporación demandada, diferencia que se supone quedó probada en el curso del proceso y que igualmente el tribunal pasó por alto. Y en este orden de ideas, el ataque no puede entenderse sino construido, sobre hipotéticos yerros que habría cometido dicho organismo en la apreciación de los hechos que en este caso determinan que aquellos daños aparezcan como efecto producido por la conducta abusiva en que incurrió la entidad de crédito recién mencionada y justifican, por tanto, el derecho a exigir indemnización, sustentación que según quedó apuntado líneas atrás, desde el punto de vista técnico no es conciliable con la clase de censura formulada.

Se rechaza pues este cargo.

### **Cargo octavo (recurso de la parte demandada)**

Por aplicación indebida, en este cargo se denuncia la infracción del artículo 884 del Código de Comercio originada en la condena "... a intereses corrientes de plazo" que contiene la sentencia, señalando una fecha inicial de liquidación que "... es impuesta arbitrariamente ...".

Después de indicar los que en su opinión son los alcances que el precepto infringido tiene, en apoyo de sus tesis dice el casacionista que "... lo cierto es que a ningún título ni por concepto alguno se le podría cargar a XXX con intereses por no haber pagado desde tal cual fecha una cantidad de UPAC a acreedora cuyo título es la sentencia que le agrega esa adehala a su criatura. No hay razón para intereses moratorios, no por las evasivas que trae el tribunal, sino por ausencia de mora, y tampoco la hay para los remuneratorios por lo mismo que no medió —ni podía mediar— convenio entre las partes

al respecto, y no hay norma alguna que autorice al juez para decretarlos...", de donde se sigue que es palmaria la aplicación indebida del artículo 884 del Código de Comercio y, por consiguiente, "... la sentencia habría de aliviarse con este descargo ...".

#### SE CONSIDERA:

1. Observando precisos derroteros institucionales que hoy en día consagra el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, se ve precisada la Corte a recordar de nuevo que la regulación normativa propia del recurso de casación, así como restringe la clase de argumentos que por los litigantes pueden ponerse en juego cuando de denunciar errores de juzgamiento se trata, también limita el ámbito de los poderes de la corporación como tribunal de casación que es, habida cuenta que al tenor de aquellos criterios fundamentales de legislación su cometido no es otro que el de señalar frente a un caso concreto y a posteriori, "... por iniciativa de parte y con autoridad jurídica" (Cas. Civil, sep. 10/91, sin publicar), el derecho material aplicable a esa controversia, ello de manera que la doctrina así sentada tenga la virtud de trascender en forma de jurisprudencia que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Nacional, sirva como "... criterio auxiliar" en la actividad judicial desplegada para la solución de futuros litigios. En este orden de ideas y por lo que a la causal primera concierne, el recurso en mención tendrá que ser en últimas y ante la sentencia que es objeto de impugnación, una crítica simétrica de consistencia tal que, por mérito de la tesis expuesta por el recurrente y no por intuición oficiosa de la Corte, obligado sea en términos de derecho objetivo aceptar dicha tesis en vez de los juicios en que el fallo se apoya, razón por la cual al analizar el recurso la Corte tiene circunscrito su radio de acción a los límites señalados por la demanda sustentatoria, aspecto este que como se sabe, marca clara diferencia entre las atribuciones de los juzgadores de instancia y la función de control que por principio les compete ejercer a los tribunales de casación.

Síguese de lo anterior entonces, que si se aspira a censurar con éxito una manifestación concreta de la actividad in judicando contenida en un fallo de instancia, es palmario que el ataque no puede construirse ignorando los términos en que tal actividad allí se puso de presente; y es por eso que de vieja data se tiene sentado que por vía de numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil no cualquier cargo en casación puede recibirse ni tiene eficacia legal, sino tan solo aquellos que impugnan directamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones mediante ella adoptadas, toda vez que los demás son inoperantes por salirse del marco legal del recurso que, se reitera, está determinado de modo inexorable a examinar la providencia en realidad dictada y no otra distinta, fabricada si se quiere para darle cabida a una línea argumental sólida pero impertinente. De aquí entonces los sobresalientes alcances que tiene este postulado, alcances también definidos por la jurisprudencia al expresar que "...los cargos operantes en un recurso de casación no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas. Por eso, cuando los cargos hechos en un recurso, dejan de lado esos fundamentos son inoperantes. El recurso se encamina a demostrar que la sentencia acusada quebranta la ley, dados los fundamentos de hecho y de derecho en que ella se apoya y esto es así porque en casación se contraponen dos factores: el fallo acusado y la ley, pero sin que el sentenciador pueda salirse de los motivos que alega el recurrente, y sin que este a su turno pueda alegar con éxito razones, o aducir argumentos, en que no se apoya el fallo recurrido ..." (G.J., núm. 2010, pág. 563), defecto este último en el que, como enseguida pasa a verse, incurre el cargo en estudio.

2. En efecto, para imponer la condena contra la cual enfila sus críticas la censura, el tribunal se fundamentó en razones cuya transcripción literal es la siguiente: "... Por último, impugna -la demandada- la condena al pago de intereses moratorios sin que existiera la mora en los términos del artículo 1608 del Código Civil. El tribunal concluye de la lectura de las pretensiones primera subsidiaria, que no hay petición concreta de intereses comerciales moratorios, sino que pide por lucro cesante la rentabilidad dejada de percibir a la tasa más alta permitida, desde el 22 de marzo de 1984 hasta cuando el pago se realice, sin que el actor haya probado con la respectiva certificación de la Superintendencia Bancaria, la rata más alta permitida. Pues bien, de acuerdo con los anteriores términos se debe entender que se pide el pago de los intereses corrientes de plazo y que para el caso

concreto se condena al pago de una suma de unidades UPAC (sic), es decir de 23.187.7067, implícitamente se está otorgando la corrección monetaria y así entonces la condena al pago de los intereses corrientes se hará descontando tal indexación el que al restarla (sic) daría una tasa del 9% anual...". Queda claro, pues, que con el propósito evidente de darle aplicación al principio que procura el total resarcimiento de quien es acreedor en obligaciones de carácter indemnizatorio, principio este sancionado positivamente por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, en el pasaje recién transcrito el tribunal se limitó a declarar, siguiendo el criterio predominante en la doctrina jurisprudencia (G.J., T. LV, pág. 508), que en el caso presente la productividad frustrada que tiene derecho a reclamar la demandante se confunde con el interés retributivo puro que en el comercio ganan capitales en uso, y como consecuencia de ello dispuso que el lucro cesante está representado por "...los intereses corrientes de plazo..." de la cantidad fijada, en unidades de poder adquisitivo constante, como monto del daño emergente por aquella experimentado; en otras palabras, las reglas de derecho que el sentenciado hizo actuar en la decisión concreta materia de censura que este cargo, no las contiene el artículo 884 del Código de Comercio que se reduce, como bien lo recuerda el casacionista, no a determinar la obligatoriedad de la prestación de intereses en el ámbito de las relaciones mercantiles, sino a señalar las tasas de acuerdo con las cuales, y en ausencia de convenio que los especifique, esos réditos han de indicarse.

En estas condiciones, el cargo resulta inoperante y por lo tanto debe rechazarse.

### **Cargo Sexto (recurso de la parte demandante)**

Por conducto de este último cargo se acusa la sentencia de violar indirectamente, como consecuencia de errores probatorios de hecho, los artículos 2º, 822 y 884 del Código de Comercio, así como también los artículos 1612 a 1615, 1617 y 1649 del Código Civil, infracción en la que incurrió dicha providencia "...al modificar mediante el punto cuarto de su parte resolutive el 5º (VI) del fallo del juzgado, negó los intereses moratorios solicitados en la demanda e inicialmente concedidos por el juzgado, a cambio de un interés a la rata del 9% anual...".

Consistieron en los mencionados desaciertos en "... interpretar erróneamente la petición del lucro cesante contenida en el numeral 2º de la petición primera subsidiaria de la demanda ...", en "... omitir, existiendo, la prueba del interés moratorio representado en el doble del bancario corriente ..." y, en fin, "... en suponer que los intereses moratorios son incompatibles con la indexación implícita dentro de la unidad UPAC (sic)...", todo lo cual explica el recurrente en términos que bien pueden resumirse del modo siguiente.

a) Confrontando la demanda y el fallo, se advierte que el tribunal, cuando dijo en su providencia que la sociedad actora no hizo petición concreta de intereses comerciales moratorios, alteró lo que aquél escrito expresa en su página 66, y fue por eso que dijo entender "... que la parte actora pedía lo que en verdad no pedía" (intereses corrientes en lugar de los moratorios);

b) Aparte de lo anterior, no vio tampoco el tribunal la prueba del interés que obra en los autos a folio 127 del cuaderno principal, "... prueba que estaba pedida desde la demanda y que obviamente fue decretada y recepcionada legalmente...", y

c) Por último el tercero de aquellos yerros, consistente en suponer que dentro de la "indexación" propia de la UPAC "...se encontraba implícito el reconocimiento de unos intereses corrientes", en notorio porque a juicio del censor "... si la UPAC implica indexar la parte de los intereses de que se compone a título de inflación, no tiene otro fin sino el de rendirle culto a su nombre manteniendo constante el poder adquisitivo del dinero inicial ... Luego esos puntos del 21 ó 23% no son, en estricto rigor, intereses, sino una compensación a la pérdida del poder adquisitivo del dinero, justamente para mantenerlo constante ...".

Para determinar, en una prolija exposición de su criterio personal acerca de la consumación de los referenciados errores y de las consecuencias que ellos traen, indica el casacionista la manera cómo la

resolución por él impugnada habría quebrantado las normas de derecho sustancial citadas en el encabezamiento del cargo.

#### SE CONSIDERA:

1. Regresando nuevamente a nociones básicas bien conocidas y evocadas en apartes anteriores de esta providencia, frente al cargo cuyo contenido esencial acaba de describirse resulta inevitable insistir en que el error probatorio de hecho, relevante para los fines del recurso de casación por violación indirecta de la ley, no se justifica con meras opiniones o acudiendo a conjeturas más o menos convincentes que admitan razonable controversia. Los errores de este linaje han de emerger de elementos probatorios de contraste que, por fuera de toda duda, pongan de manifiesto realidades fácticas por entero contrarias a las que, en función decisoria, sienta el pronunciamiento jurisdiccional impugnado, luego la prosperidad de un cargo como el que ahora ocupa la atención de la Corte, depende del estricto cumplimiento de tres condiciones, por cierto señaladas muchas veces en los términos siguientes: "...a) el yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o hubiere ignorado la que sí existe en ellos, o adulterando la objetividad de esta agregándole algo que le es extraño o cercenando su real contenido;

b) La conclusión de orden fáctico derivada del error, debe ser contraevidente, vale decir contraria a la realidad manifiestamente establecida por las pruebas de cuestión, y

c) De ocurrir esto último, también es necesario que el yerro de apreciación conduzca el quebranto de los preceptos sustanciales llamados a gobernar la verdadera situación *sub lite* ..." (G.J., T. CXXX, pág. 63), lo que significa que a falta de uno cualquiera de estos requisitos, el fallo censurado tendrá que ser mantenido.

Así, entonces, la causal primera de casación en este aspecto particular de la segunda fase, regulada por el inciso 2º del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, es estrecha y no puede convertirse en un escenario en que tengan cabida deducciones personales más o menos lógicas, razonamientos interpretativos, analogías o hipótesis de las partes; en defecto de aquellas precisas condiciones, el discreto ejercicio de los poderes del juez en el examen de la prueba ha de prevalecer y, por consiguiente, cualquier ensayo crítico en este plano, que aun cuando bien elaborado y persuasivo se separe en sus conclusiones de las que, desde el punto de vista probatorio, inspiraron la propia certeza declarada por la autoridad judicial falladora, como cosa que quizá podría revestir importancia en las instancias, sin embargo no alcanza a integrar censura eficaz en orden a lograr la casación y, como suele decirse, el eventual desacierto se derrite en el fallo sin posible corrección, conclusión esta última a la que se arriba considerando que por esta vía, esa modalidad excepcional de anulación únicamente puede estribar en la absoluta certeza (G.J., T. CXXXIX, pág. 240), no en que sea más o menos factible organizar un nuevo análisis de los medios administrativos más profundo, más sutil, más severo o de mayor juridicidad en opinión del recurrente, toda vez que así fuera, si pudiera apoyarse simplemente en que existen razonamientos mejor acompasados con los dictados de la lógica, por el solo hecho de darse la posibilidad de que no haya errado el sentenciador, por lógica la acusación cae en el vacío.

2. Puesto el cargo en estudio a la luz de los principios que acaban de reseñarse, es del caso destacar lo siguiente:

a) En primer lugar, al despachar el cargo inmediatamente anterior quedó visto que el sentenciador, interpretando el escrito de demanda que al proceso le dio inicio y en la parte que la acusación transcribe, entendió que a título de reparación patrimonial por lucro cesante, la sociedad constructora demandante solicitó la compensación del provecho dejado de percibir por no haber contado con los recursos por ella pagados en exceso a la corporación demandada, y es lo cierto que basta la lectura de aquella petición para inferir que, sin situarse ostensiblemente por fuera del sentido común ni incursionar tampoco en el terreno de lo arbitrario, da margen a la aludida interpretación, teniendo en cuenta desde luego el esquema completo de la pretensión deducida donde el daño es el factor relevante para que la

condena de las prácticas abusivas, cuya existencia declara la sentencia, se produzca, daño que aparece por tanto como el efecto de actitudes positivas que, por sí solas, no configuran una situación jurídica de mora que dé lugar a resarcimiento mediante el pago de intereses punitivos. En todo caso motivos de incertidumbre abundan y como lo tiene dicho la Corte respecto del yerro en la apreciación de los escritos rectores del proceso, "... donde hay duda no puede haber error manifiesto..." (G.J., Ts. LXVIII, pág. 561, y CCXII, pág. 113);

b) En segundo lugar y guardando armonía con lo que viene expresándose, la circunstancia de que el tribunal haya pasado por alto la certificación obrante a folio 127 del cuaderno principal, no constituye un error dotado de la influencia necesaria para abrirle paso a la censura, puesto que el resultado de la decisión habría sido el mismo, entendiéndose como lo hizo el juzgador que no había lugar al reconocimiento de los intereses moratorios que reclama la sociedad demandante, y

c) Finalmente, el tercero de los errores señalados no plantea, como debiera ser, un contraste de resultados probatorios objetivos ante evidencia irrefutable que, en forma palmaria y evidente, acredite la existencia de la presunta equivocación en que cayó el tribunal al considerar, no contrariando tampoco el sentido común, que las deudas accesorias por intereses destinadas a compensar, a título de lucro cesante, la productividad frustrada de capitales reajustados, no deben cuantificarse en tasas corrientes que por su propia índole tiendan a recompensar de nuevo el deterioro en el poder adquisitivo del signo monetario. El desacierto del juzgador de instancia, se repite, ha de ser objetivo y por ende dependiente de la realidad de hechos que con su juicio se enfrentan sin ajuste posible, no así subjetiva o dependiente del criterio que, en defensa de sus intereses, tengan por conveniente acoger los litigantes.

Se rechaza por consiguiente este último cargo.

#### **IV. Sentencia sustitutiva**

Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo tercero de la demanda de casación presentada por la parte actora, la sentencia combatida tiene que infirmarse. Pero como esto obedece solamente al eficaz ataque que en dicho cargo se hace en cuanto incurrió en incongruencia por exceso, el fallo a dictarse por la Corte como juzgador de instancia debe limitarse a corregir ese error, reproduciendo mediante las respectivas transcripciones, las restantes decisiones que trae la providencia recurrida y que, por falta de eficaz impugnación, deben entenderse amparadas por la presunción de acierto.

#### **DECISIÓN**

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando en sede de instancia

#### **RESUELVE:**

1. "... REVOCAR el punto primero (1º) de la parte resolutive de la sentencia apelada para, en su lugar, inhibirse de fallar en el fondo respecto de las pretensiones primera principal de simulación, así como respecto de las pretensiones consecuenciales segunda, tercera, cuarta y quinta..."
2. "... CONFIRMAR los puntos segundo (2º), tercero (3º) ... y séptimo (7º) de la misma parte resolutive..."
3. "... CONFIRMAR el punto cuarto (4º) de la misma resolutive, adicionándolo en que el pago de las unidades UPAC podrá hacerse también en su equivalente en pesos colombianos al valor en el día en que se efectúe el pago..."
4. "... MODIFICAR el punto quinto (5º) de la misma parte resolutive que quedará así: Por lucro cesante



condénase a la misma parte demandada a pagar a la demandante los intereses causados desde el 13 de febrero de 1985 hasta su cancelación, a la rata del 9% anual, sobre el capital de las 23.187.7067 UPAC ...".

5. REVOCAR el punto VI de la parte dispositiva del fallo apelado, sin que sea del caso hacer sobre el mismo pronunciamiento sustitutivo ninguno, teniendo en cuenta las razones señaladas en la parte expositiva de esta sentencia.

6. Las costas causadas en segunda instancia son de cargo de la parte demandada.

Y en casación, por cuanto el recurso interpuesto por la entidad demandada no prospera, también son de su cargo las costas causadas con ocasión del trámite de dicho recurso a favor de la parte actora. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al tribunal de origen .

---