

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá, D.C., Dos (2) de Noviembre de dos mil veintidós (2022)

<i>Proceso:</i>	<i>Verbal</i>
<i>Demandante:</i>	<i>Manufacturas Delmyp S.A.S.</i>
<i>Demandado:</i>	<i>Fiduciaria Corficolombiana S.A. y Otra.</i>
<i>Radicación:</i>	<i>110013103013201700639 00</i>
<i>Asunto:</i>	<i>Sentencia</i>

Se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponde.

ANTECEDENTES

1. La sociedad MANUFACTURAS DELMYP S.A.S., entidad legalmente constituida, con domicilio principal en esta ciudad, debidamente representada, inició demanda contra a FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., en su condición de vocera y administradora del FIDEICOMISO DE GARANTIA DELMYP-COMERTEX y contra la sociedad COMERTEX S.A.S., beneficiaria de la garantía mencionada, para que previo el trámite pertinente, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRINCIPALES.

1. Que se declare que la dación en pago ajustada entre las sociedades demandadas FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. y COMERTEX S.A.S., contenida en la escritura pública No. 2311 de fecha 31 de mayo de 2017 (sic) otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga y registrada al folio de matrícula 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, como ejecución del contrato de Fiducia Mercantil de garantía constituida por el demandante MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. y que dio origen al patrimonio autónomo DELMYP -COMERTEX, es nula absolutamente por tener causa ilícita al haberse celebrado deliberadamente en perjuicio grave de los derechos del Fideicomitente MANUFACTURAS DELMYP S.A.S., conforme a los hechos de la demanda.

1.2. Como consecuencia, se decrete la cancelación del registro de la escritura indicada y se declare que no ha habido ejecución de la garantía a que se contrae la Fiducia Mercantil allí contenida.

1.3 Se condene a los demandados al pago de los perjuicios causados de acuerdo con la estimación jurada que se consigna en la demanda o, los que resulten probadas en el proceso.

PRIMERAS SUBSIDIARIAS.

1.2.1 Que se declare que en la dación en pago ajustada entre las sociedades demandadas FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. y COMERTEX S.A.S., contenida en la escritura pública No. 2311 de fecha 31 de mayo de 2017 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga y registrada al folio de matrícula 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, como ejecución del contrato de Fiducia Mercantil de garantía constituida por el demandante MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. y que dio origen al patrimonio autónomo DELMYP –COMERTEX, se incurrió en abuso del derecho contractual en grave detrimento de los derechos patrimoniales de la demandante, conforme a los hechos de la demanda.

1.2.2 Como consecuencia, se declare rescindido el contrato de Dación en Pago, se ordene la cancelación del registro y se declare no ha habido ejecución de la garantía a que se contrae la Fiducia Mercantil allí contenida.

1.2.3 Se condene a los demandados al pago de los perjuicios causados de acuerdo con la estimación jurada que se consigna en la demanda o, los que resulten probadas en el proceso.

SEGUNDAS SUBSIDIARIAS

1.3.1 Que se declare que la demandada FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., como Fiduciaria incumplió culpablemente las obligaciones asumidas en virtud del contrato de Fiducia mercantil de garantía contenido en la escritura pública No. 2511 de fecha 31 de mayo de 2017 (sic) otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga que dio origen al patrimonio autónomo DELMYP –COMERTEX, al convenir con la sociedad COMERTEX S.A.S., la dación en pago del inmueble con matrícula 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, sin observar los términos y condiciones del mismo, con grave detrimento patrimonial de la demandante, MANUFACTURAS DELMYP S.A.S.

1.3.2 Se condene a la demandada FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., y solidariamente a la sociedad COMERTEX S.A.S., al pago de todos los perjuicios irrogados a la demandante con causa en la Dación en pago ajustado entre las sociedades demandadas, contenida en la escritura pública No.2311 del 31 de mayo de 2017 de la notaría segunda del círculo de Bucaramanga, registrada al folio de matrícula 50C-1403747 d la oficina de registro de Bogotá, como ejecución del contrato de fiducia mercantil de garantía constituida por el demandante y que dio origen al patrimonio autónomo DELMYP –COMERTEX, consistente en la diferencia de valor del avalúo vigente del inmueble fideicometido para la fecha de la dación en pago y aquel envilecido

por el cual fue transferido; esta suma deberá ser indexada a la fecha de la sentencia, y, además, condenar al pago de los intereses mercantiles desde la fecha del otorgamiento de dicha dación y aquella en que se efectúe el pago.

TERCERAS SUBSIDIARIAS

1.4.1 Que se declare que la dación en pago ajustada entre las sociedades demandadas FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. y COMERTEX S.A.S., contenida en escritura pública No. 2311 de fecha 31 de mayo de 2017, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga y registrada en el folio de matrícula 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, como ejecución del contrato de fiducia mercantil de garantía constituida por el demandante y que dio origen al patrimonio autónomo DELMYP – COMERTEX, se generó un enriquecimiento injusto para el acreedor garantizado y el correlativo empobrecimiento patrimonial de la demandante, derivado de un acuerdo entre las demandadas, representado en la diferencia entre el valor del inmueble, según el avalúo vigente del inmueble fideicometido para la fecha de la dación en pago y aquel envilecido por el cual fue transferido al acreedor garantizado.

1.4.2 Consecuencialmente se condene a las demandadas de manera solidaria a restituir y pagar a favor de MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. el monto resultante de acuerdo con lo que se demuestre en el proceso, debidamente indexado desde la fecha de la dación en pago y hasta la sentencia, junto con los intereses mercantiles hasta la fecha en que se efectúe el pago.

CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1.5.1 Que sin perjuicio de la competencia atribuida legalmente a la Superintendencia de Sociedades, en los términos previstos en la ley 1116 de 2006, particularmente en lo dispuesto por los artículos 16 y 17 de dicho cuerpo normativo, se declare que es ineficaz jurídicamente la Dación en Pago que como ejecución de la garantía fiduciaria se ajustó entre las sociedades demandadas FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. y COMERTEX S.A.S., contenida en escritura pública No. 2311 de fecha 31 de mayo de 2017, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga y registrada en el folio de matrícula 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, como ejecución del contrato de fiducia mercantil de garantía constituida por el demandante y que dio origen al patrimonio autónomo DELMYP – COMERTEX, por ser contraria al ordenamiento legal.

1.52. Que como consecuencia, se decrete la rescisión de la dación en pago, ordenando las prestaciones mutuas a que haya lugar y consecuentemente, se ordene la cancelación de la inscripción registral de la escritura respectiva, otorgando al adquirente el derecho consagrado en el artículo 1948 del Código

Civil para completar el justo precio del bien transferido a su favor.

2. La *causa petendi* se compendia esencialmente así:

2.1. Mediante escritura No. 2511 del 09 de junio de 2015 de la Notaría segunda de Bucaramanga, se celebró un contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, mediante la constitución del denominado **“FIDEICOMISO DE GARANTÍA DELMYP-COMERTEX”**, con el propósito de garantizar las obligaciones contraídas o que se llegaren a contraer por la demandante MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. con COMERTEX S.A., hoy S.A.S.

2.2 En la escritura indicada se hizo transferencia a título de fiducia en garantía del inmueble distinguido con el No. 69B 42, de la calle 21 de la nomenclatura urbana de Bogotá, antes Calle 23A número 69B 42/50, inmueble con folio de matrícula No. 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá Zona Centro, con dicha transferencia surgió el **“FIDEICOMISO DE GARANTÍA DELMYP – COMERTEX”**.

2.3 El fideicomitente DELMYP S.A.S., en cumplimiento a lo estipulado en la cláusula 11 de la escritura, reemitió con fecha 17 de diciembre de 2014 el avalúo de inmueble realizado por la Inmobiliaria Otto Nasar S.A., por un valor de \$6.755'076.000, avalúo que sirvió de sustento para la expedición de certificado de garantía a favor del acreedor.

2.4 El 23 de agosto de 2016, se actualizó el avalúo del inmueble debidamente especificado y detallado, el cual arrojó un monto de \$7.503.66.000; este valor fue tenido en consideración para la expedición del certificado de garantía número dos (2) que sustituyó el inicialmente expedido, con una ampliación del valor de la cobertura a la suma de \$4.728.000.000. El avalúo nuevamente fue actualizado el 07 de abril de 2017 arrojando un valor de \$8.691'660.000 con vigencia de un año y cuyo contenido era conocido por la Fiduciaria Corficolombiana S.A y COMERTEX S.A.S.

2.5 El 3 de mayo de 2017, después de la reunión en donde se le informó al representante legal de COMERTEX que DELMYP acudiría al proceso de reestructuración de sus pasivos previsto en la ley 1116 de 2006, y que bajo este mecanismo legal se pagaría su obligación con los privilegios que como garantizado le concede la ley, aquel remitió comunicación a la fiduciaria en donde solicita la ejecución de la fiducia mercantil de garantía, informando que manufacturas Delmyp adeudaba a esa fecha la suma de \$6.974'192.870 y en donde manifiesta que toma la decisión de recibir el mencionado inmueble en dación en pago.

2.6 El 5 de mayo de 2017 la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., informó

a MANUFACTURAS DELMYP acerca de la comunicación señalada en el numeral anterior, en ella se consigna que en cumplimiento de lo señalado en la cláusula 14 del contrato de fiducia se informa el estado de las obligaciones y que en caso de no tener repuesta darían inicio al “RESPECTIVO PROCESO” DE EJECUCION DE GARANTÍA. esta comunicación por parte de la fiduciaria fue recibida por la demandante el 8 de mayo de 2017.

2.7 El 15 de mayo siguiente, la demandante dio respuesta a la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, en cumplimiento al proceso previo a la ejecución de la garantía establecido en la cláusula 13, numeral 3., del contrato de fiducia, cuyo tenor es: *‘Establecido el estado de mora de la obligación garantizada, la Fiduciaria contactará al Acreedor Garantizado para integrar un comité que realizará seguimiento al procedimiento de ejecución de la garantía en general, y especialmente a las propuestas de compra y forma de pago respecto de los inmuebles. (...)’*. Sin embargo, MANUFACTURAS DELMYP NUNCA fue convocada al comité previsto en el contrato de fiducia, conforme a la cláusula transcrita, con lo que se vulneró el procedimiento establecido para la ejecución de la garantía por parte de la Fiduciaria y el Acreedor Garantizado, lesionando gravemente los derechos de la sociedad deudora, como también los eventuales derechos de los otros acreedores, cuyas acreencias eran anteriores a la constitución de la Fiducia, en los términos de la ley.

2.8 En comunicación del 31 de mayo de 2017, recibida en el domicilio de la demandante el 1 de junio del mismo año, la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., informa lo siguiente: *‘El Acreedor garantizado Comertex S.A.S. en ejercicio de lo estipulado en el parágrafo tercero de la cláusula 11 del contrato de fiducia instrumentado en la escritura pública num. 2511 del 9 de junio de 2015 otorgada en la notaria 2 de Bucaramanga – objetó el avalúo del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria num 050C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá Zona Centro. Para tal efecto, el acreedor garantizado contrató al evaluador Sebastián Prieto Lara quien actualmente tiene inscripción vigente en el registro nacional de evaluadores y mediante informe del 25 de mayo de 2017 del cual se adjunta copia, determinó como valor comercial del inmueble la suma de cinco mil quinientos millones setecientos mil pesos colombianos (\$5.5020.700.000). En concordancia con lo anterior, el procedimiento de ejecución de la garantía estipulado en el contrato de fiducia y dación en pago- se continuará teniendo en cuenta el avalúo realizado por el señor Prieto.’*

2.9 Para la fecha en que fue recibida la anterior comunicación, la Fiduciaria y el Acreedor garantizado se habían concertado para que, sin intervención del Fideicomitente, sin conocer previamente los términos del avalúo que por encargo del acreedor, COMERTEX se había elaborado y sin tener oportunidad de replicar en su respecto, ya que, como se afirmó en hecho anterior, se

encontraba vigente bajo los términos del contrato un avalúo debidamente actualizado que reflejaba un valor del inmueble mucho mayor que aquel envilecido y presentado bajo el rotulo de ‘objeción’ de manera unilateral por el acreedor y que fue aceptado sin reparo alguno por la fiduciaria, omitiendo la obligación de velar por la efectividad de los derecho del fideicomitente en cuanto a la conservación y disposición justa del patrimonio autónomo.

2.10 La situación anterior se materializó el 31 de mayo de 2017, cuando se inscribió la escritura pública No 2311 otorgada en la Notaría Segunda de Bucaramanga, mediante la cual la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., transfirió a título de Dación en Pago a favor de COMERTEX S.A.S., el 100% del derecho de propiedad y posesión material sobre el inmueble objeto del contrato de fiducia. El valor de la dación en pago fue la suma de \$3.850.490.000, equivalente al 70% del avalúo indicado anteriormente, el cual se aplicó como pago parcial a las obligaciones a cargo de MANUFACTURAS DELMYP S.A.S., la escritura fue registrada el día 01 de junio de 2017.

2.11 De manera concertada entre las demandadas, con el único propósito de generar un enriquecimiento para Comertex, con la lesión evidente al patrimonio de Delmyp, para la fecha en que pone en conocimiento de ésta el aludido avalúo, ya se había otorgado la escritura de Dación en pago del inmueble por un valor que apenas representa un 44% del avalúo vigente para el bien.

2.12 Por medio de comunicación de 27 de junio de 2017 la demandante solicitó a la Fiduciaria la entrega de toda la documentación relaciona con el procedimiento de la ejecución de la garantía efectuada el 31 de mayo de ese año, la cual fue contestada el 7 de julio del mismo año, documentos que se anexan a la demanda.

2.13 La sociedad demandante con fecha 31 de mayo de 2017 radicó la solicitud de admisión a un proceso de reorganización empresarial, ante la Supersociedades, en él se registró en la contabilidad de la empresa, una acreencia por concepto de capital a favor de COMERTEX S.A.S. por la suma de \$6.820.961.094.

2.14 La fiduciaria y el acreedor garantizado, conocedores de la necesidad que tenía DELMYP de acudir al proceso de reestructuración de los pasivos y que por imperativo legal desde la fecha de la presentación de la solicitud respectiva no podían hacerse efectivas las garantías de manera individual incluidas las fiducias, de manera acelerada y soslayando el procedimiento prevenido contractualmente apara la ejecución de la garantía y, como se afirmó, ‘soportándose en un conveniente avalúo’ con el que se desconocía aquel vigente para los efectos de la fiducia y que procedía del avalúo conocido y aceptado bajo el cual se expidió el certificado de garantía, de mala fe

celebraron la dación en pago.

2.15 El 3 de octubre de 2017, dentro del trámite que conoce la Superintendencia de Sociedades, se solicitó que como medida pertinente para la recuperación inmediata del activo objeto de la garantía COMERTEX S.A.S., se ordenara reversar la operación de dación en pago que se realizó el 31 de mayo de 2017, como consecuencia de un proceso de ejecución de garantía sin la respectiva autorización del juez concursal.

3. Admitida la demanda en providencia del 30 de octubre de 2017, notificadas las demandadas, en oportunidad procesal la contestaron, con opugnación a las pretensiones, presentando como excepciones de fondo las denominadas: *“INEXCUSABLE RETICENCIA DE DELMYP CONSISTENTE EN OMITIR UNA CANTIDAD IMPORTANTE DE HECHOS PROPIOS, QUE SON DETERMINANTES PARA LA SUERTE DEL PRESENTE PROCESO”, PACTA SUNT SERVANDA*, *“LEGÍTIMO EJERCICIO DE SUS DERECHOS POR PARTE DE COMERTEX EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO CONTENIDO EN LA ESCRITURA PÚBLICA DEL 25 DE JUNIO DE 2015”, “INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO IMPUTABLE A DELMYP. DELMYP INCUMPLIÓ OBLIGACIONES ESENCIALES A SU CARGO.”* *“AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS DE LA NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA”, “INEXISTENCIA DE ABUSO DE SUS DERECHOS O DE SU POSICIÓN EN EL CONTRATO IMPUTABLE A COMERTEX”, “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE SUS OBLIGACIONES IMPUTABLE A COMERTEX”, “AUSENCIA ABSOLUTA DE LOS PRESUPUESTOS CONFIGURATIVOS DE LA LESIÓN ENORME POR INAPLICABILIDAD DE ESTA INSTITUCIÓN A LA DACIÓN EN PAGO Y FALTA DE PRUEBA IDÓNEA DE LOS EXTREMOS DE LA LESIÓN”, “AUSENCIA ABSOLUTA DE SUPUESTOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “MALINTENCIONADA PRESENTACIÓN DE DELMYP SOBRE LAS FUNCIONES DEL COMITÉ DE SEGUIMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA. CARÁCTER EMINENTE ADJETIVO Y SUBSIDIARIO DE ESE COMITÉ EN EL CASO CONCRETO”, “INEXISTENCIA DE UNA REFORMA, MODIFICACIÓN O ANULACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA DE GARANTÍA MATERIA DEL PROCESO COMO CONSECUENCIA DE LA REUNIÓN SOSTENIDA ENTRE LAS PARTES EL DÍA 3 DE MAYO DE 2017”, “LA NO CONTABILIDAD DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO HACE PLENA PRUEBA QUE NO ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO”, “IMPOSIBILIDAD DE DELMYP DE ALEGAR UNA RESERVA MENTAL COMO ATENUANTE DE DERECHOS. DELMYP SIEMPRE TUVO LA CONCIENCIA DE SOMETERSE A UNA LEY 1116 Y LO CALLÓ MALINTENCIONADAMENTE FRENTE A COMERTEX POR LO MENOS DURANTE EL PRIMER CUATRIMESTRE DE 2017”, “BUENA FE DE COMERTEX”, Y *“TEMERIDAD DE DELMYP”**

Por su parte la demandada Fiduciaria Corficolombiana S.A., también contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, pero no formuló excepción de ninguna naturaleza.

3.1 Se presentó, en la misma oportunidad, demanda de reconvención por parte de la sociedad COMERTEX S.A.S. en donde se pretende lo siguiente:

3.1.1 Que se declare que DELMYP tiene la obligación de restituir el inmueble dado en garantía a COMERTEX S.A.S. por virtud de lo previsto en la cláusula 10 del contrato de fiducia de Garantía contenido en la escritura No. 2511 del 9 de junio de 2015, en los términos y bajo las condiciones allí previstas.

3.1.2 Que se declare que la reconvenida está en mora de cumplir con esa obligación restitutoria desde el 26 de septiembre de 2017, día siguiente al quinto día calendario posterior al de la comunicación que recibió de Fiduciaria Corficolombiana informándole sobre la terminación del contrato de Fiducia de garantía contenido en la escritura citada en la pretensión anterior.

3.1.3 Que se declare que la no restitución del bien dado en garantía a favor de la reconvenida, por parte de DELMYP, ha causado perjuicios a la demandante en reconvención porque no le ha permitido usar ni gozar el bien dado en garantía, cuyo derecho de dominio fue transferido a su favor en la escritura No. 2311 del 31 de mayo de 2017 de la Notaria Segunda de Bucaramanga.

3.1.4 Que se declare que DELMYP es responsable de indemnizar a COMERTEX S.A.S. por los perjuicios que está causando como consecuencia de mantenerse ocupado el bien dado en garantía, sin respaldo de título alguno, desde el 26 de septiembre de 2017 hasta la fecha.

3.1.5 Que se condene a DELMYP al pago de los perjuicios que ha causado y viene causando a COMERTEX S.A.S., como consecuencia del incumplimiento de restituirle el bien dado en garantía en forma debida y oportuna.

3.1.6 Que se condene a DELMYP a reconocer y pagar a favor de COMERTEX S.A.S., el monto de los perjuicios que resulten demostrados en el proceso, que corresponden a los ingresos que razonablemente ha podido percibir COMERTEX como consecuencia de haber dispuesto del bien que recibió en dación en pago en forma cumplid y oportuna.

3.2 Como supuestos de hecho de las pretensiones de la demanda de reconvención, se narran los siguiente:

3.2.1 De acuerdo a la cláusula 10 del contrato de fiducia de garantía celebrado entre las partes en litigio, el bien inmueble dado en garantía por parte de DELMYP, seguirá bajo su tenencia a título de comodato precario y una vez que FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. requiera DELMYP a la restitución del bien por terminación del comodato, DELMYP contaba con cinco (5) días calendario para restituirlo efectivamente.

3.2.2 En el presente caso la Fiduciaria dio aviso y formuló el respectivo requerimiento a DELMYP según comunicación de 20 de septiembre de 2017, lo que significa la reconvenida se encuentra en mora de producir la restitución, igualmente COMERTEX ha formulado similar requerimiento a DELMYP los días 5 y 19 de julio y 5 de agosto de 2017, sin obtener respuesta positiva.

3.2.3 El contrato de Fiducia llegó a su fin por haberse otorgado la escritura No. 2311 del 31 de mayo de 2017 ante la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga, por la cual el derecho de dominio sobre el bien dado en garantía fue transferido a favor de COMERTEX S.A.S. por parte de la Fiduciaria.

3.2 Igualmente con la contestación de la demanda, el apoderado de la sociedad COMERTEX, propuso la excepción previa de COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA, la cual fue resuelta negativamente en providencia de 12 de noviembre de 2018, la cual se encuentra en firme.

3.3 Admitida la demanda de reconvenición en providencia del 18 de marzo de 2018, notificada la demandada reconvenida, en oportunidad procesal la contestaron, con opugnación a las pretensiones, presentando como excepciones de fondo las denominadas: “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA DE LA RECONVENIENTE COMERTEX S.A.S., Nemko auditur propriam turpitudinem allegans. Exceptio doli, y la genérica que resulte probada.

De las excepciones se ordenó correr traslado y la parte actora se opuso a su prosperidad.

Trabada así la relación jurídico-procesal, mediante providencia de 19 de enero de 2021, se señaló fecha para la diligencia de que trata el artículo 370 del Código General del Proceso, la cual fue suspendida por solicitud de la parte por lo que nuevamente en auto de 21 de abril del mismo año, se fijó para su práctica, en la cual se practicaron las pruebas, se declaró el cierre de la etapa probatorio y se dispuso correr traslado para los alegatos de conclusión, derecho del cual hizo hicieron uso los litigantes que asistieron a dicha audiencia, reiterando sus peticiones contenidas en la contestación, por lo que se proceder a dictar la sentencia correspondiente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Encuentra el Despacho, que los presupuestos procesales se hallan satisfechos y no existe causal de nulidad que invalide lo actuado; de allí que al estudio de fondo de la controversia se procede.

Por mandato Constitucional y legal, el Juez al fallar de fondo deberá fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, incumbiendo

en todo caso a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen, sin perjuicio de los poderes oficiosos del Juez. Ello implica que el fallador sólo puede decidir de acuerdo con la realidad probada en el proceso, dado que los hechos no probados, no existen procesalmente hablando.

2. Teniendo en cuenta que la controversia está circunscrita especialmente a la Dación en Pago realizada por la Fiduciaria demandada a favor del Acreedor Garantizado COMERTEX S.A.S., (ambas demandadas en este proceso), es preciso determinar si el procedimiento agotado para suscribir la correspondiente escritura número 2311 del 31 de mayo de 2017 de la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga, que contiene la Dación en Pago, se surtió observando todas y cada una de las cláusulas acordadas en el contrato de Fiducia mercantil plasmado en la escritura No.2511 del 09 de junio de 2017, otorgada en la Notaria Segunda del Círculo de Bucaramanga.

3. En este orden de ideas encontramos que en primer término se celebró un contrato de Fiducia mercantil, entre la sociedad MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. y FIDUCIARA CORFICOLOMBIANA, como vocera y Administrador del Patrimonio autónomo denominado “Fideicomiso de Garantía Delmyp-Comertex”-, el cual elevado a escritura pública en la Notaría Segunda de Bucaramanga el 09 de junio de 2017.

3.1 Conforme a la Cláusula OCTAVA, el Fideicomitente transfiere a favor de la Fiduciaria para la constitución del PATRIMONIO Autónomo, el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, zona centro, cuyas características, linderos, área y demás especificaciones allí se consignan.

3.2 La cláusula 14, que nos interesa para adoptar una decisión en este proceso, es del siguiente tenor:

CLAUSULA 14. PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCION DE LA GARANTÍA.

En el evento en que el Fideicomitente incumpla el pago de la obligación garantizada, el Acreedor Garantizado solicitará a la Fiduciaria la ejecución de la garantía de conformidad con el siguiente procedimiento:

“1. El Acreedor Garantizado mediante comunicación escrita debe dar aviso a la Fiduciaria sobre el incumplimiento del Fideicomitente en el pago de la obligación garantizada, indicando el saldo de la obligación garantizada y solicitando la ejecución de la garantía.

2. La Fiduciaria remitirá copia al Fideicomitente de la comunicación mencionada en el numeral anterior, para que en el término de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la misma informe a la Fiduciaria el estado de la obligación garantizada. Si el Fideicomitente informa que está al día en el pago de la obligación garantizada y aporta los soportes de pago, se remitirá copia de los respectivos documentos al Acreedor Garantizado para que se pronuncie al respecto. En el evento que el Fideicomitente confirme la mora en el pago de la

obligación garantizada o guarde Silencio se continuara con el procedimiento de ejecución de la garantía.

3. Establecido el estado de mora de la obligación garantizada, la Fiduciaria contactará al Acreedor Garantizado para integrar un Comité que realizará seguimiento al procedimiento de ejecución de garantía en general, y especialmente a las propuestas de compra y forma de pago respecto los inmuebles. Acreedor Garantizado tendrá un representante con voz y voto. Un representante del Fideicomitente y un representante de la Fiduciaria, asistirán como invitados con voz pero sin voto. En la primera reunión del Comité, los miembros acordarán su forma de funcionamiento y de considerarlo necesario, el Acreedor Garantizado podrá modificar el procedimiento de ejecución de la garantía establecido en el presente contrato.

4. Si el inventario y el avalúo del inmueble está vigente, la Fiduciaria lo ofrecerá en venta por el valor avalúo comercial. En el evento que no esté vigente el inventario y el avalúo del Inmueble, la Fiduciaria solicitará mediante comunicación escrita al Fideicomitente recursos necesarios para la actualización del avalúo, para que las suministre en el término de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la misma. En el evento que en dicho término el Fideicomitente no suministre recursos necesarios para la actualización del inventario y el avalúo del Inmueble, este deberá ser asumido por Acreedor Garantizado, efecto para cual la Fiduciaria le remitirá comunicación escrita para que lo suministre en los cinco (5) siguientes a la recepción de la misma.

5. La Fiduciaria publicará tres (3) avisos clasificados ofreciendo en venta Inmueble, con intervalos una semana, en la sección de avisos clasificados del día domingo en un diario de circulación nacional.

6. Si no se logra la venta del inmueble con la gestión mencionada en el numeral anterior, la Fiduciaria contactará mediante comunicación escrita a tres (3) inmobiliarias legalmente constituidas, para ofrecer en venta los Inmuebles durante un término de dos (2) meses contados a partir de la suscripción del contrato de prestación de servicios con cada una de ellas. El pago de la comisión por venta del Inmueble, se hará con los recursos obtenidos en la misma.

7. El precio venta durante la gestión mencionada en el Numeral (4) y el primer mes de la gestión mencionada en el Numeral (5) es el valor del avalúo comercial. Durante el segundo mes de la gestión mencionada en el Numeral (5) el precio de venta es el noventa por ciento (90%) del valor del avalúo comercial y durante el tercer mes es el ochenta por ciento (80%) del valor del avalúo comercial.

8. Lograda la venta del inmueble, los pagos se realizarán de acuerdo con la prelación establecida en la siguiente cláusula

9. Agotada la gestión de oferta del inmueble sin que se logre la venta del mismo, se entregará en dación: en pago al Acreedor Garantizado por un valor equivalente setenta por ciento (70%) del avalúo comercial.
(Se ha destacado)

10. La dación en pago del inmueble podrá realizarse desde el inicio del proceso de ejecución de la garantía o en cualquiera de sus etapas, si así lo solicita el Acreedor garantizado.

11. Independientemente del estado del procedimiento de ejecución de la garantía, dación en pago del inmueble siempre se realizará, por un valor equivalente al setenta por ciento (70%) del valor del avalúo comercial.

12. En el evento que el valor de las obligaciones garantizadas sea inferior al setenta por ciento (70%) del valor del avalúo comercial, el Inmueble se entregará en común y proindiviso al Acreedor Garantizado y al Fideicomitente.

13. Si el Acreedor Garantizado no acepta la dación en pago, se entiende que renuncia a la garantía objeto del presente contrato, y en consecuencia el Acreedor Garantizado y el Fideicomitente, por medio de este instrumento autorizan a la Fiduciaria para que declare terminado, el presente contrato y restituya los Inmuebles al Fideicomitente.

14. En el evento de que sea necesario entregar en dación en pago el inmueble al Acreedor Garantizado, y no se haya logrado la restitución del mismo, los derechos litigiosos en el respectivo proceso de restitución, serán cedidos al nuevo titular del derecho de dominio para que continúe como parte activa de la acción.”

3.3 En la cláusula transcrita está claramente establecido el procedimiento para la ejecución de la garantía, por lo que debemos indagar cuál fue el procedimiento agotado por la Fiduciaria Corficolombiana y el Acreedor Garantizado, hasta llegar a la ejecución de la Garantía y, por lo mismo, otorgar la escritura de Dación en Pago, del inmueble para el pago de las obligaciones en mora y garantizadas.

4. Conforme a las pruebas que obran al plenario, especialmente las documentales allegadas con la demanda y las que se adosaron con la contestación y con la demanda de mutua petición, tenemos que:

En comunicación del 7 de julio de 2017 la Fiduciaria Corficolombiana, informó al Representante legal de MANUFACTURAS DELMYP S.A.S., lo relacionado con el Fideicomiso de garantía Delmyp-Comertex, señalando los documentos que se tuvieron en cuenta para la Dación en Pago y afirmando que: **“debido a que el acreedor garantizado solicitó el inicio del procedimiento de ejecución de la garantía y la dación en pago del bien fideicometido sin que se agotará el procedimiento de venta, no se integró el comité a que hace referencia el numeral 3 de la cláusula 14 del contrato de fiducia”**

4.1 Entre los documentos anexados a la comunicación anterior, se destacada que en comunicación del 3 de mayo de 2017 remitida por Comertex S.A.S, le informa a la Fiduciaria el incumplimiento del cliente y solicitando la dación en pago; comunicación del 5 de mayo del mismo año, dirigida por la Fiduciaria a Delmyp anexándole la comunicación de Comertex; en comunicación de Comertex a la Fiduciaria de 26 de mayo de 2017, objetando el avalúo y solicitando la dación en pago del bien fideicometido y comunicación del 3 de mayo de 2017, remitida por la Fiduciaria a Manufacturas Delmyp, informando la objeción al avalúo realizado por el acreedor garantizado presentando un

nuevo avalúo, se informó que se continuaba con el proceso de ejecución de la garantía.

4.2 De lo anterior, se concluye en primer lugar que el día 31 de mayo de 2017, la Fiduciaria, como vocera y administradora del patrimonio autónomo Delmyp-Comertex, le informó a Manufacturas Delmyp, que “se continuaría el proceso de ejecución de la garantía con base en el nuevo avalúo ...”. Es claro que esta información suministrada por la Fiduciaria al Fideicomitente, le dio la confianza de que se iba a agotar el procedimiento consagrado en el contrato de Fiducia para la ejecución de la garantía, es decir, que se iban a llevar a cabo las acciones consagradas en la cláusula 14 del contrato, esto es, que “3.

Establecido el estado de mora de la obligación garantizada, la Fiduciaria contactará al Acreedor Garantizado para integrar un Comité que realizará seguimiento al procedimiento de ejecución de garantía en general, y especialmente a las propuestas de compra y forma de pago respecto los inmuebles. Acreedor Garantizado tendrá un representante con voz y voto. Un representante del Fideicomitente y un representante de la Fiduciaria, asistirán como invitados con voz pero sin voto. En la primera reunión del Comité, los miembros acordarán su forma de funcionamiento y de considerarlo necesario, el Acreedor Garantizado podrá modificar el procedimiento de ejecución de la garantía establecido en el presente contrato. 4. Si el inventario y el avalúo del inmueble está vigente, la Fiduciaria lo ofrecerá en venta por el valor avalúo comercial. En el evento que no esté vigente el inventario y el avalúo del Inmueble, la Fiduciaria solicitará mediante comunicación escrita al Fideicomitente recursos necesarios para la actualización del avalúo, para que las suministre en el término de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la misma. En el evento que en dicho término el Fideicomitente no suministre recursos necesarios para la actualización del inventario y el avalúo del Inmueble, este deberá ser asumido por Acreedor Garantizado, efecto para cual la Fiduciaria le remitirá comunicación escrita para que lo suministre en los cinco (5) siguientes a la recepción de la misma.

5. La Fiduciaria publicará tres (3) avisos clasificados ofreciendo en venta Inmueble, con intervalos una semana, en la sección de avisos clasificados del día domingo en un diario de circulación nacional. 6. Si no se logra la venta del inmueble con la gestión mencionada en el numeral anterior, la Fiduciaria contactará mediante comunicación escrita a tres (3) inmobiliarias legalmente constituidas, para ofrecer en venta los Inmuebles durante un término de dos (2) meses contados a partir de la suscripción del contrato de prestación de servicios con cada una de ellas. El pago de la comisión por venta del Inmueble, se hará con los recursos obtenidos en la misma.”.

5. La Fiduciaria publicará tres (3) avisos clasificados ofreciendo en venta Inmueble, con intervalos una semana, en la sección de avisos clasificados del día domingo en un diario de circulación nacional. 6. Si no se logra la venta del inmueble con la gestión mencionada en el numeral anterior, la Fiduciaria contactará mediante comunicación escrita a tres (3) inmobiliarias legalmente constituidas, para ofrecer en venta los Inmuebles durante un término de dos (2) meses contados a partir de la suscripción del contrato de prestación de servicios con cada una de ellas. El pago de la comisión por venta del Inmueble, se hará con los recursos obtenidos en la misma.”.

4.3 Sin embargo, es lo cierto que este procedimiento no se agotó, como lo reconoce abiertamente la parte demandada, en sus interrogatorios de parte rendidos en la etapa procesal correspondiente y, acreditan los documentos que se allegaron con la demanda, las contestaciones y con la demanda de

mutua petición. En efecto, no se integró el comité que hubiese realizado seguimiento al procedimiento de ejecución de garantía en general, Adicionalmente, se debía llegar a la dación en pago, en el evento de que se hubiera agotado la gestión de oferta del inmueble sin que se logre la venta del mismo, tampoco se ofreció en venta el inmueble a pesar de que el avalúo inicial se encontraba vigente, sino que se pidió un nuevo avalúo, sin que este claro que esto era posible sin la aceptación del Fideicomitente. Obsérvese que, en este evento, lo que debió hacer la Fiduciaria era solicitar, mediante comunicación escrita, al Fideicomitente recursos necesarios para dicha gestión, concediendo un término de cinco (5) días para que los suministrará y, así no procedía solicitárselos al Acreedor Garantizado. Como se cumplió este procedimiento, previo a la venta, obviamente tampoco se dio cumplimiento al numeral 5, esto es, no se publicó la publicación para la oferta de venta del inmueble.

4.4 Afirma la Fiduciaria Corficolombiana, en la comunicación del 7 de julio de 2017, dirigida a MANUFACTURAS DELLYMP S.A.S., (folios 26-27 cuaderno #1) que: *“Por último se informa que debido a que el acreedor garantizado solicitó el inicio del procedimiento de ejecución de la garantía y la dación en pago del bien fideicometido **sin que se agotara el procedimiento de venta, no se integró el comité a que hace referencia el numeral 3 de la cláusula 14 del contrato de fiducia.**”* (Se ha destacado). Con esta confesión queda, claramente evidenciado que no se dio estricto cumplimiento al contrato de fiducia para la ejecución de la garantía, sino que, a solicitud unilateral de uno de los contratantes, el Acreedor Garantizado, se violó todo el procedimiento, con el consentimiento de la Fiduciaria, vulnerado los derechos del Fideicomitente y, en consecuencia, defraudando su patrimonio.

4.5 De otra parte, debe tenerse en cuenta que frente al avalúo del inmueble que se otorgó como garantía, se incurrieron en incumplimiento del contrato por parte de la Fiduciaria, al no agotar el procedimiento allí consagrado. Lo que hizo la Fiduciaria al efecto, fue comunicar al Fideicomitente, el 31 de mayo de 2017, que el 25 de mayo del mismo año, cinco (5) días antes de suscribirse la escritura de Dación en pago, (fecha el 31 de mayo de 2017), que el señor Sebastián Prieto Lara, determinó como valor comercial del inmueble la suma de \$5.500.700.000, valor que se tendrá en cuenta para continuar con el procedimiento. Es claro que, cuando se dice que se continúa con el procedimiento, implica que se debía integrar el comité, ofrecer en venta el inmueble y, en últimas, entregarlo en dación en pago. Pero ello no ocurrió y, en tan solo cinco días, se avalúo el inmueble y se suscribió la escritura de Dación en pago. Además, téngase en cuenta que conforme al PARAGRAFO TERCERO de la cláusula 11, invocado por el Acreedor Garantizado para presentar un nuevo avalúo, establece que el mismo puede ser objetado también por el FIDEICOMITENTE, objeción que para presentarla necesariamente se debe tener conocimiento del avalúo, pero en este caso no se demostró que dicho avalúo haya sido conocido por el Fideicomitente, antes e entregarse el bien en dación en pago.

4.6 El Acreedor Garantizado, según la comunicación dirigida a la Fiduciaria el 3 de mayo de 2017 (folios 85-86 del cuaderno principal) señaló que “... *Por medio de la presente manifestamos nuestra decisión de recibir el inmueble como dación en pago (sin que se realice ninguna gestión para la venta del mismo) y, por lo tanto, solicitamos a la Fiduciaria proceder de conformidad, de manera expedita.* Es preciso destacar en un contrato bilateral y consensual, no puede uno solo de los contratantes modificar las cláusulas y, *mutuo proprio*, ordenar que no se realice ninguna gestión a las que se obligó la Fiduciaria en el contrato. El 5 de los mismos, la Fiduciaria le solicitó a DELMYP que: “... *solicitamos su colaboración en indicarnos dentro de los días (sic) corrientes a esta comunicación, el estado de dichas obligaciones. Si pasados los cinco días mencionados, no obtenemos respuesta por parte de ustedes, como Voceros y administradores del Fideicomiso de la referencia, y en cumplimiento a lo establecido en el Contrato, iniciaremos el respectivo proceso de Ejecución de la Garantía*” (Se ha subrayado).

Acá es preciso destacar que, en la aludida comunicación, no se informa o advierte que se entregara el inmueble en dación en pago, como lo solicitó el Acreedor Garantizado, por el contrario, se reitera que en cumplimiento al contrato se dará inicio al “respectivo proceso de Ejecución de la Garantía.”. Ello implica que se le dio confianza jurídica al Fideicomitente en cuanto se llevaría a cabo el procedimiento señalado para la ejecución de la garantía y, eventualmente por esta razón no se preocupó. De todos modos y antes de la dación en pago, Manufacturas Delmyp le informó a la Fiduciaria que estaban en proceso de negociación del pago dentro del cual se encuentra aumentar los certificados de garantía al 100% del valor de la deuda (folio 58 cdo. 1).

5. Como quiera que se trata de una acción nulidad de la dación en pago ajustada entre las sociedades demandadas FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. y COMERTEX S.A.S., contenida en la escritura pública No. 2311 de fecha 31 de mayo de 2017, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga y registrada al folio de matrícula 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, como ejecución del contrato de Fiducia Mercantil de garantía constituida por el demandante MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. y que dio origen al patrimonio autónomo DELMYP –COMERTEX, por tener causa ilícita al haberse celebrado deliberadamente en perjuicio grave de los derechos del Fideicomitente, es preciso determinar, previamente, el marco jurídico de esta acción, lo cual acomete el Despacho enseguida.

La palabra nulidad, en su acepción universal significa inutilidad, carencia de valor, falta de eficacia: “*Nullum est quad nullum efectum producit*”

Es sabido que, en nuestro derecho positivo, la nulidad sustancial es la sanción establecida por la ley para los actos jurídicos en cuya

celebración no se observan o no se tienen en cuenta los requisitos que para el valor de los mismos ella prescribe, presentándose como nulidad absoluta o como nulidad relativa. (Artículos 1740 y ss. del Código Civil)

La doctrina con fundamento en el texto del artículo 1740 del Código Civil¹, que, al definir la nulidad se refiere a los requisitos que la ley prescribe para el valor del acto, distingue entre las condiciones de validez, cuya omisión acarrea nulidad y condiciones necesarias para que nazca a la vida jurídica y cuya ausencia ocasiona su inexistencia, ha señalado, que en el primer caso, el acto nacería a la vida jurídica pero viciado, lo que permitiría su anulación; en el segundo, la ausencia de los requisitos de existencia impediría su formación, es decir, no podría nacer a la vida del derecho.

Los elementos esenciales para que el acto tenga vida jurídica son: voluntad, objeto, causa, solemnidades; la omisión de cualquiera de ellos es causal de inexistencia; en cambio las condiciones de validez, son capacidad, consentimiento sin vicios, objeto y causa lícitas y las solemnidades.

La nulidad absoluta, que siempre está fundada en razones de interés general o de orden público, se produce por una prohibición de la ley, o por un defecto esencial que impide al acto o contrato nacer a la vida jurídica o producir efecto alguno desde el momento de su celebración; a su turno la nulidad relativa, la cual está fundada en el interés privado de las partes, es una medida de protección establecida en favor de las personas que, por razón de su incapacidad legal, no tienen la libre administración de sus bienes, que han sufrido un error, engaño, o violencia en la celebración del negocio jurídico.

Se debe distinguir entre elementos de validez de todo contrato y elementos constitutivos de cada contrato en particular. Los primeros son las condiciones de validez para todos los contratos. Están señaladas en los artículos 1502 y 1741 del Código Civil y pueden sintetizarse en capacidad de los contratantes, consentimiento exento de vicios, objeto lícito, causa lícita y solemnidades cuando la Ley las exige.

7. En el presente caso, es evidente que la escritura pública No. 2311 de fecha 31 de mayo de 2017, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga, cuya nulidad se depreca, adolece de vicio como que para su otorgamiento no se observaron todos y cada uno de los

¹ Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa

requisitos señalados por los contratantes que celebraron el Contrato de Fiducia en Garantía, venéreo de dicho instrumento.

7.1 En efecto, tal como ha quedado reseñado a lo largo de estas consideraciones, La fiduciaria no observó debida y totalmente el procedimiento para la ejecución de la garantía, circunstancia que no es necesario repetir acá, sola basta decir que como lo evidencian los documentos y los textos de la demanda de mutua petición y la contestación de la demanda, se llegó a materializar la dación del inmueble dado en garantía, sin que previamente se hubiese ofrecido en venta y, además, dicha dación en pago se llevó a cabo en un tiempo que no tuvo en cuenta los términos consagrados por los contratantes para llegar a ese propósito.

7.2 En línea de principio, deben tenerse por ciertas las atestaciones que hace un notario en la autorización de los actos de su competencia, porque está más que dicho que ese funcionario es guardián de la fe pública. Es también conocido el alcance probatorio que sobre documentos públicos establece el artículo 257 del Código General del Proceso, según el cual *"Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza"* (inciso 1°).

La función notarial, debido a las exigencias y controles que la rodean, permite suponer que los actos celebrados ante el notario y autorizados por éste, gozan de una especie de presunción de validez que no puede ser destruida de cualquier modo.

8. Ahora bien, en este caso, con lo que se discute y está demostrado, es que para otorgar el instrumento cuya nulidad se depreca, no se tuvieron en cuenta las instrucciones o presupuestos debían cumplirse previamente, vale decir y a fuerza de repetir, no se agotó debidamente el procedimiento para la ejecución de la garantía, como que, ni siquiera se integró el comité y, mucho menos se ofreció en venta el inmueble, antes de entregarse en Dación en Pago al Acreedor Garantizado.

Así las cosas, encuentra prosperidad las pretensiones principales de la demanda.

9. Se entra al estudio de las excepciones de mérito propuestas, por la demandada Comertex, con la contestación de la demanda

Los medios de defensa se denominaron.

“INEXCUSABLE RETICENCIA DE DELMYP CONSISTENTE EN OMITIR UNA CANTIDAD IMPORTANTE DE HECHOS PROPIOS, QUE SON DETERMINANTES PARA LA SUERTE DEL PRESENTE PROCESO”, “PACTA SUNT SERVANDA”, “LEGÍTIMO EJERCICIO DE SUS DERECHOS POR PARTE DE COMERTEX EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO CONTENIDO EN LA ESCRITURA PÚBLICA DEL 25 DE JUNIO DE 2015”, “INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO IMPUTABLE A DELMYP. DELMYP INCUMPLIÓ OBLIGACIONES ESENCIALES A SU CARGO.” “AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS DE LA NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA”, “INEXISTENCIA DE ABUSO DE SUS DERECHOS O DE SU POSICIÓN EN EL CONTRATO IMPUTABLE A COMERTEX”, “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE SUS OBLIGACIONES IMPUTABLE A COMERTEX”, “AUSENCIA ABSOLUTA DE LOS PRESUPUESTOS CONFIGURATIVOS DE LA LESIÓN ENORME POR INAPLICABILIDAD DE ESTA INSTITUCIÓN A LA DACIÓN EN PAGO Y FALTA DE PRUEBA IDÓNEA DE LOS EXTREMOS DE LA LESIÓN”, “AUSENCIA ABSOLUTA DE SUPUESTOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “MALINTENCIONADA PRESENTACIÓN DE DELMYP SOBRE LAS FUNCIONES DEL COMITÉ DE SEGUIMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA. CARÁCTER EMINENTE ADJETIVO Y SUBSIDIARIO DE ESE COMITÉ EN EL CASO CONCRETO”, “INEXISTENCIA DE UNA REFORMA, MODIFICACIÓN O ANULACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA DE GARANTÍA MATERIA DEL PROCESO COMO CONSECUENCIA DE LA REUNIÓN SOSTENIDA ENTRE LAS PARTES EL DÍA 3 DE MAYO DE 2017”, “LA NO CONTABILIDAD DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO HACE PLENA PRUEBA QUE NO ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO”, “IMPOSIBILIDAD DE DELMYP DE ALEGAR UNA RESERVA MENTAL COMO ATENUANTE DE DERECHOS. DELMYP SIEMPRE TUVO LA CONCIENCIA DE SOMETERSE A UNA LEY 1116 Y LO CALLÓ MALINTENCIONADAMENTE FRENTE A COMERTEX POR LO MENOS DURANTE EL PRIMER CUATRIMESTRE DE 2017”, “BUENA FE DE COMERTEX”, Y “TEMERIDAD DE DELMYP”

Teniendo en cuenta que los fundamentos de las excepciones, en muchas de ellas se repiten, el Juzgado los resume de la siguiente manera: Conforme a las cláusulas del contrato COMERTEX, no hizo cosa distinta que ejerce los derechos a consagrados a su favor, como fue la ejecución de la garantía, con sujeción a lo acordado en el contrato, como fue la solicitud de recibir el bien ofrecido en garantía al acreedor, como en dación en pago y la objeción al avalúo; que hubo incumplimiento de la demandante respecto de sus obligaciones esenciales como la actualización del avalúo del bien fideicometido.

No se cumplen los elementos axiológicos de la nulidad por causa ilícita, ya que la dación en pago se inspira en una causa real y lícita.

Otras tienden al ataque de las excepciones subsidiarias, pero como estas ni siquiera se consideraron en razón a que prosperan las principales, resulta innecesario el estudio de estas defensas.

Se agrega que el comité no tenía ningún sentido, funcionalidad ni utilidad para instrumentar la dación en pago y, por lo mismo, no era necesaria su convocatoria.

Revisados los argumentos jurídicos y fácticos de las excepciones de mérito, encuentra el despacho que todos ellos apuntan a señalar que para efectos de la ejecución de la garantía y, por ende, la entrega del bien fideicometido, en dación en pago al Acreedor Garantizado, se observaran y cumplieron todas las condiciones consignadas en las cláusulas del contrato de Fiducia mercantil irrevocable, contenido en la escritura No. 2511 del 09 de junio de 2015 de la Notaría segunda de Bucaramanga. Que no se convocó ningún comité por el mismo no era indispensable para la ejecución de la garantía en cuanto no era útil para realizar tal acto jurídico.

Al respecto se precisa indicar que conforme a los documentos allegados con la contestación de la demanda, no es cierto que se haya desistido de omitir el procedimiento para la ejecución de la garantía y, mucho menos, que el comité resulta inútil. En efecto, según el documento 12 (folio 99 del cuaderno de excepciones) dentro de los compromisos en el numeral cuarto se dijo: *“Se va a realizar una Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Delmyp para el próximo miércoles 29 de marzo en donde se aprobará la operación”* (debe entenderse que se habla de la Dación en pago). Igualmente, en el documento No. 13 (folio 101 IB.) se afirma que ha pasado mucho tiempo desde que se iniciaron las conversaciones para la operación (Dación en Pago), *“... sin que haya podido concretarse la operación, de manera atenta te solicitamos comunicarte con nosotros a la mayor brevedad posible ... pues de lo contrario Comertex estará obligada a notificar formalmente a la Fiduciaria Corficolombiana el incumplimiento de Delmyp (sic) y **proceder a la ejecución de la garantía fiduciaria en los términos previstos en el respectivo contrato de fiducia en garantía.**”* (Se ha destacado)

De acuerdo a lo transcrito, está claro que Comertex sabía que se debía agotarse todo el procedimiento previstos en el respectivo contrato, además que, si bien en un principio los accionistas consideraron la posibilidad de entregar el inmueble en dación en pago, es lo cierto que esta decisión no fue aprobada por la Justa de Socios, como lo indica en el documento No. 13, la misma sociedad Comertex.

Ahora bien, siendo el contrato una ley para las partes, que se suscribió de manera consensual, no puede o no está jurídicamente facultada una sola de ellas, para modificar o implicarlo de acuerdo a sus intereses, esto para señalar que, la no convocatoria del Comité y su consideración de inutilidad o falta de funcionalidad para instrumentar la dación en pago, debió ser concertada entre ambos contratantes y no de manera unilateral por uno solo de ellos.

En cuanto a que según las cláusulas del contrato COMERTEX, no hizo cosa distinta que ejercer los derechos a consagrados a su favor, como fue la ejecución de la garantía, con sujeción a lo acordado en el contrato, como fue la solicitud de recibir el bien ofrecido en garantía al acreedor en dación en pago y la objeción al avalúo; que hubo incumplimiento de la demandante respecto de sus obligaciones esenciales como la actualización del avalúo del bien fideicometido. Por lo considerado en el párrafo anterior, estas actuaciones no son una prerrogativa de uno solo de los contratantes, sino que debió ser concertada con el oro contratante y, más grave aún, que la fiduciaria no tuviera en cuenta lo estipulado en las cláusulas del contrato y accedería a la solicitud de uno solo de ellos.

En resumen, estando demostrado y aceptado tácitamente por la parte demandada, que no se cumplió estrictamente con el procedimiento consagrado para la ejecución de la garantía, las excepciones están llamadas a fracasar, como en efecto se declarará.

La demanda de reconvención cuya pretensión principal es que se ordene la restitución del bien inmueble dado en garantía a COMERTEX S.A.S., por virtud de lo dispuesto en la cláusula 10 del contrato de fiducia de garantía contenido en la escritura No. 2511 del 9 de junio de 23015, no encuentra prosperidad si en cuenta se tiene que, el instrumento por medio del cual se ejecutó la garantía y la dación en pago del bien fideicometido, se está declarando nula en esta misma providencia y, como los fundamentos jurídicos para pretender la restitución están estructurados bajo el entendido de la legalidad de dicho instrumentos, es claro que al ser declarado nulo, sus efectos no se pueden ejecutar.

La parte demanda será condena a pagar las costas.

DECISIÓN

En consideración a lo expuesto en las líneas que preceden, **el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas *“INEXCUSABLE RETICENCIA DE DELMYP CONSISTENTE EN OMITIR UNA CANTIDAD IMPORTANTE DE HECHOS PROPIOS, QUE SON DETERMINANTES PARA LA SUERTE DEL PRESENTE PROCESO”, PACTA SUNT SERVANDA”, “LEGÍTIMO EJERCICIO DE SUS DERECHOS POR PARTE DE COMERTEX EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO CONTENIDO EN LA ESCRITURA PÚBLICA DEL 25 DE JUNIO DE 2015”, “INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO IMPUTABLE A DELMYP. DELMYP INCUMPLIÓ OBLIGACIONES ESENCIALES A SU CARGO.” “AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS DE LA NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA”, “INEXISTENCIA DE ABUSO DE SUS DERECHOS O DE SU POSICIÓN EN EL CONTRATO IMPUTABLE A COMERTEX”, “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE SUS OBLIGACIONES IMPUTABLE A COMERTEX”, “AUSENCIA ABSOLUTA DE LOS PRESUPUESTOS CONFIGURATIVOS DE LA LESIÓN ENORME POR INAPLICABILIDAD DE ESTA INSTITUCIÓN A LA DACIÓN EN PAGO Y FALTA DE PRUEBA IDÓNEA DE LOS EXTREMOS DE LA LESIÓN”, “AUSENCIA ABSOLUTA DE SUPUESTOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “MALINTENCIONADA PRESENTACIÓN DE DELMYP SOBRE LAS FUNCIONES DEL COMITÉ DE SEGUIMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA. CARÁCTER EMINENTE ADJETIVO Y SUBSIDIARIO DE ESE COMITÉ EN EL CASO CONCRETO”, “INEXISTENCIA DE UNA REFORMA, MODIFICACIÓN O ANULACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA DE GARANTÍA MATERIA DEL PROCESO COMO CONSECUENCIA DE LA REUNIÓN SOSTENIDA ENTRE LAS PARTES EL DÍA 3 DE MAYO DE 2017”, “LA NO CONTABILIDAD DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO HACE PLENA PRUEBA QUE NO ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO”, “IMPOSIBILIDAD DE DELMYP DE ALEGAR UNA RESERVA MENTAL COMO ATENUANTE DE DERECHOS. DELMYP SIEMPRE TUVO LA CONCIENCIA DE SOMETERSE A UNA LEY 1116 Y LO CALLÓ MALINTENCIONADAMENTE FRENTE A COMERTEX POR LO MENOS DURANTE EL PRIMER CUATRIMESTRE DE 2017”, “BUENA FE DE COMERTEX”, Y “TEMERIDAD DE DELMYP”, por las razones anotadas.*

SEGUNDO: DECLARAR que la dación en pago ajustada entre las sociedades demandadas FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. y COMERTEX S.A.S., contenida en la escritura pública No. 2311 de fecha 31 de mayo de 2017 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga y registrada al folio de matrícula 50C-1403747 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, como ejecución del contrato de Fiducia Mercantil de garantía constituida por el demandante MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. y que dio origen al patrimonio autónomo DELMYP –COMERTEX, es nula absolutamente por tener causa ilícita al haberse celebrado sin el cumplimiento del procedimiento acordado en el contrato de fiducia contenido en la escritura No. 2511 del 09 de junio de 2015 de la Notaría segunda de Bucaramanga,.

TERCERO: Como consecuencia, se decreta la cancelación del registro de la escritura indicada y se declare que no ha habido ejecución de la garantía a que se contrae la Fiducia Mercantil allí contenida.

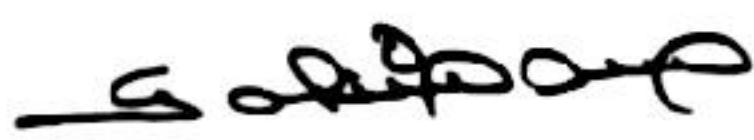
CUARTO: NEGAR la condene al pago de los eventuales perjuicios causados teniendo en cuenta que no fueron acreditados en el trámite del proceso y la estimación jurada que se consigna en la demanda fue objetada por la parte demandada.

QUINTO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvención.

SEXTO: CONDENAR en costas del proceso a la parte demandada, por Secretaría practíquese la liquidación de conformidad con el artículo 366 ídem, **SEÑÁLESE** como agencias en derecho la suma de \$ 20'000,000oo. para que sean incluidas en las costas procesales. **LIQUÍDENSE.**

SEPTIMO: Archívese el expediente. -

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


GABRIEL RICARDO GUEVARA CARRILLO
Juez