



Señores  
 TRIBUNAL SUPERIOR SALA CIVIL Y DE FAMILIA  
 DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN  
 MAGISTRADO SUSTANCIADOR:  
 DOCTOR JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

REFERENCIA : PROCESO VERBAL DECLARATIVO DE RECONOCIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES  
 DEMANDANTE : ESTRUMETAL S. A.  
 DEMANDADOS : FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A., PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. Y OTROS  
 RADICACION : 19-001-31-003-003-2018-00102-03  
 TEMA : SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

**EDGAR JAVIER NAVIA ESTRADA**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 16.663.081 de Santiago de Cali y Tarjeta Profesional No. 33.201 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado principal, obrando en virtud al poder especial conferido por **ESTRUMETAL S.A.** por este escrito **PROCEDO A SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION FRENTE A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DICTADA POR EL JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYAN EN DICIEMBRE 3 DE 2020.**

Lo primero que debo señalar, y que debe quedar como constancia al momento de resolver este litigio, es que el REPARO QUE PRESENTE frente a las TERCERAS PRETENSIONES es que el JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA no presentó NINGUN ARGUMENTO PARA RECHAZAR ESAS PRETENSIONES. Y ese argumento lo expuse en varios escritos que obran en el expediente, tanto en primera como en segunda instancia.

Ahora bien, procedo a SUSTENTAR MI RECURSO DE APELACION en los siguientes términos:

## **CAPITULO I**

### **ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA**

La sentencia de primera instancia consideró estos breves argumentos para rechazar TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

1. Las obligaciones a favor de Estrumetal nacieron después de diciembre de 2015 (marzo 2016) y por lo tanto no estaban legitimados a perseguir los bienes del Fideicomiso.
2. No se demostró el fraude a los acreedores con la Constitución del Fideicomiso.

### **3. No hay acreencias exigibles en este momento porque no se ha efectuado la liquidación del contrato.**

4. El Fideicomiso no causó el perjuicio a Estrumetal, fue la medida cautelar impuesta por el Juzgado en este proceso y las ventas insuficientes del proyecto.



5. No hay enriquecimiento sin causa porque el fideicomiso pagó algo más de \$12 mil millones.

**He destacado el TERCER ARGUMENTO, que fue reiterado en la sentencia de primera instancia, para que sirva de pase a la SOLICITUD DE PREJUDICIALIDAD CIVIL que se hará en el día de hoy. El Juez de primera instancia sostiene que SIN LA LIQUIDACION DEL CONTRATO no se puede hablar de EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES y si no existe EXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES no se puede adelantar esta acción de RECOMPOSICION DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR.**

Por ese motivo, y ante la posición de la Administración de Justicia sobre la NECESIDAD DE LA LIQUIDACION DEL CONTRATO y la negativa de PROCAL a hacerlo, se hizo obligatorio un nuevo proceso que está en curso y su decisión tiene influencia e importancia en el presente proceso.

## **CAPITULO II DE LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA COMO OBLIGACION DEL JUEZ**

Lo primero que debo señalar es que no hubo una correcta INTERPRETACION DE LA DEMANDA, manifestación que hago con fundamento en lo siguiente:

- Se trataba de una DEMANDA DECLARATIVA Y DE CONDENA. Por lo tanto, las pretensiones DECLARATIVAS, si se demostraron, debían ser aceptadas en la sentencia. Independiente que las de CONDENA no se aceptaran.
- La demanda contiene CUATRO ACCIONES JURIDICAS diferentes e independientes, pero que se basan en los mismos hechos:
  - **La primera es la petición de poder perseguir el inmueble en el fideicomiso por ser acreedor anterior a su constitución**
  - **La segunda es la extinción del fideicomiso por fraude a los acreedores al demostrar que causó un perjuicio al acreedor, independiente si es o no acreedor anterior a la constitución del Fideicomiso**
  - **La tercera es la acción de enriquecimiento sin causa**
  - **La cuarta es reconocer el beneficiario real de la obra ejecutada por el demandante**
- Pues bien, en la sentencia y a pesar que en la FIJACION DEL LITIGIO se dieron por demostradas las pretensiones DECLARATIVAS, no fueron reconocidas en la Sentencia. Y esto tiene mucho de importante porque una DECLARACION JUDICIAL tiene efectos jurídicos entre las partes.
- Ahora bien, el Juez se centró exclusivamente en el tema de las acciones surgidas por el hecho del fideicomiso, pero no hizo ningún análisis sobre las dos subsidiarias, tanto que sobre una de ellas no hizo ninguna apreciación o motivación.
- Corresponde al Tribunal revisar la DEMANDA EN SU CONJUNTO y proceder a reconocer lo que se demostró en el proceso.



Sobre la interpretación de la demanda y el deber del Juez de hacerlo, se pronunció la Corte Suprema con ponencia del Magistrado ARIEL SALAZAR RAMIREZ el 11 de mayo de 2017 en proceso con RADICACION INTERNO STC6507-2017 en estos términos:

*Consideraciones que se encuentra desconocen no sólo el deber que tiene el juez de interpretar la demanda para desentrañar su genuino sentido cuando éste no aparezca de forma clara y de resolver de fondo la controversia puesta a su consideración; sino que además faltan al principio fundamental de que el funcionario judicial es el que define el derecho que debe aplicarse en cada proceso «iura novit curia» y no las partes, así como que el derecho a la impugnación.*

*2.1. Lo anterior, porque el Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la denominación a la acción o tipo de responsabilidad, dado que en virtud del principio iura novit curia las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario.*

*De ahí, que los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al invocar un tipo de responsabilidad –extracontractual o contractual- deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias, sino a los hechos fundamento de las peticiones.*

*En tal sentido, la Corte indicó que, «en razón del postulado “da mihi factum et dabo tibi ius” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial». (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01)*

*De tal manera que cuando una pretensión se soporta en una **causa petendi** (hechos) que puede encuadrarse en una responsabilidad contractual, el carácter único de la indemnización no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó al señalar que escogía la acción de responsabilidad extracontractual, calificación jurídica del instituto que lo regula. Semejante grado de injusticia e inequidad no ha sido jamás defendido por jurista alguno, ni mucho menos podría llegar a ser admitido por la jurisprudencia.*

*Al respecto, justamente, en la providencia citada por el accionado, la Sala indicó:*

*[N]o se trata de restringir o menoscabar las potestades hermenéuticas del juzgador, ni mucho menos que al conjuro de un determinado vocablo utilizado por el actor, quede irremediadamente ligado a esa expresión. Por el contrario, ya se ha recalado, y nuevamente se enfatiza, que el juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla, labor en cuya realización puede acontecer que el demandante, descuidada o ambiguamente sitúe su petición en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero al exponer el objeto de su reclamación o la causa para expedir evidencie con nitidez lo contrario, es decir que su pedimento se afianza en la responsabilidad derivada del incumplimiento negocial, pues en esa hipótesis deberá el juzgador emprender el ejercicio intelectual pertinente, enderezado a establecer el genuino sentido de dicho libelo, sin que necesaria e ineludiblemente deba atenerse a la denominación que al desgaire le hubiere imprimido el accionante. Otro tanto ocurrirá en la hipótesis antagónica.*

*En fin, lo que aquí se quiere significar es que cuando el actor ha explicitado de manera unívoca y contundente la especie de responsabilidad que quiere hacer valer contra el demandado, no le es dado al fallador desdeñar esa elección ni alterar a su gusto, sin importar los móviles que lo alienten, la clara y expresa decisión del demandante. (CSJ SC-071, 16 Jul. 2008, Rad. 1997-00457)*

*Así pues, la postulación del tipo de acción que rige el caso y la identificación de la correspondiente norma sustancial que ha de tomarse en cuenta para solucionar la controversia jurídica (que presupone necesariamente la interpretación de la demanda), son actos obligatorios que han de realizar los jueces, pues son de su exclusiva competencia, tal como lo ha explicado la*



*doctrina académica y la jurisprudencia de esta Corte.*

Por esa razón, es deber del Tribunal ahora en SEGUNDA INSTANCIA interpretar la demanda y concluir que es PROCEDENTE ESTUDIAR LAS CUATRO PRETENSIONES INDEPENDIENTES y con fundamento en los hechos demostrados, proceder a hacer las DECLARACIONES que se expusieron.

### **CAPITULO III**

## **LAS DIEZ PRIMERAS PRETENSIONES DECLARATIVAS FUERON DEMOSTRADAS EN EL PROCESO Y DEBEN SER RECONOCIDAS EN LA SENTENCIA PORQUE SON LA BASE DE LAS RESTANTES PRETENSIONES PRINCIPALES O SUBSIDIARIAS**

En una demanda DECLARATIVA, el Despacho debe analizar las pretensiones y si fueron demostradas o aceptadas por la parte demandada, deben y tienen que ser objeto de pronunciamiento en la sentencia.

En nuestro caso particular y concreto, las siguientes PRETENSIONES DECLARATIVAS se demostraron plena y absolutamente durante el proceso, bien porque fueron objeto de CONFESION o porque se acreditaron con documentos o porque se aceptaron como hechos demostrados en la Audiencia Inicial:

**PRIMERO: DECLARAR** que entre ESTRUMETAL S. A. y PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S. se celebró el diecisiete (17) de julio de 2015 un CONTRATO COMERCIAL DE PRESTACION DE SERVICIOS DE DISEÑO ESTRUCTURAL REQUERIDO PARA EL PROYECTO DE CONSTRUCCION DEL CENTRO COMERCIAL UBICADO EN LA CIUDAD DE POPAYAN DENOMINADO "TERRAPLAZA" por valor de \$419.608.482, acto jurídico que generó obligaciones a cargo de PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. con anterioridad al 30 DE NOVIEMBRE DE 2015.

**SEGUNDO: DECLARAR** que entre ESTRUMETAL S. A. y PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S. se celebró el nueve (9) de noviembre de 2015 un CONTRATO COMERCIAL DE CONSTRUCCION DE LA ESTRUCTURA METALICA DEL PROYECTO DENOMINADO "CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA" por valor de \$22.816.082.523, acto jurídico que generó obligaciones a cargo de PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. con anterioridad al 30 DE NOVIEMBRE DE 2015.

**TERCERO: DECLARAR** que, adicional a los contratos señalados anteriormente en los PUNTOS PRIMERO y SEGUNDO, entre ESTRUMETAL S. A. y PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S. se celebró UN CONTRATO COMERCIAL DE CONSTRUCCION DE LA ESTRUCTURA METALICA DE FOSOS Y ESCALERAS DEL CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA el doce (12) de agosto de 2016 por valor de \$587.032.781.

**CUARTO: DECLARAR** que, adicional a los contratos señalados anteriormente en los PUNTOS PRIMERO y SEGUNDO, entre ESTRUMETAL S. A. y PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S. se celebró UN CONTRATO COMERCIAL DE CONSTRUCCION DE LA ESTRUCTURA METALICA DEL PROYECTO DENOMINADO TORRE HOTEL DEL SECTOR 4 DEL CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA el cinco (5) de diciembre de 2016 por valor de \$2.544.551.165.

**QUINTO: DECLARAR** que PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. celebró por documento privado de fecha 30 de noviembre de 2015 contrato de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE con FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A. y constituyeron el FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA.

**SEXTO: DECLARAR** que PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S., dando cumplimiento al CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL celebrado el 30 de noviembre de 2015 procedió a transferir a TITULO DE APOORTE Y DE INCREMENTO del patrimonio del FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA por medio de la escritura pública No. 4981 de diciembre 18 de 2015 de la NOTARIA TERCERA DEL CIRCULO NOTARIAL DE POPAYAN el Lote de terreno ubicado en el MUNICIPIO DE POPAYÁN, DEPARTAMENTO DEL CAUCA, identificado con la nomenclatura urbana CARRERA 9 No 738 N 22, con un área de 24.590,39 m2, cuyos linderos especiales de acuerdo con el título de adquisición son los siguientes: **NORTE**; Partiendo del mojón marcado con



A2 situado sobre el troncal occidental que conduce de Popayán a Cali en línea recta dirección occidente oriente en distancia de 107,30 mts a dar al mojón A3 lindado con terrenos que son o fueron de RAFAEL ESPINOSA HERMANOS & CIA S.C.A. **SUR**; partiendo del mojón marcado con A 1, situado sobre la misma troncal occidente en línea recta dirección occidente oriente en distancia de 137,97 mts. a dar al mojón A7 situado sobre la carretera que conduce al Penal San Isidro lindado con terrenos que son o fueron del señor Jorge Castro. **ORIENTE**; Partiendo del mojón marcado A7 en dirección sur norte a dar al mojón A6 en distancia de 76,18 mts. lindando con la carretera a San Isidro o Las Guacas; de aquí en dirección sur norte y de distancia de 115,92 mts a dar al mojón A3, pasando por los mojones marcados A4 y A5 lindado en todo el trayecto con terrenos que son o fueron del señor José María Lenis. **OCIDENTE**; partiendo del mojón A 1, situado sobre la troncal del occidente en dirección sur norte a dar al mojón A2, en distancia de 171,18 mts. Lindando en todo el trayecto con la troncal de occidente que de Popayán conduce a Cali. El inmueble descrito se identifica con la Matrícula Inmobiliaria No 120-4791 de la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE POPAYÁN y la cédula catastral 010102760043000 (Antes cédula catastral 1.448.001.000, modificado de acuerdo a la Resolución No 174 de 2005 de acuerdo al contenido del Plan de Ordenamiento Territorial de Popayán, debido a actualización de la zona rural del municipio de Popayán).

**SEPTIMO: DECLARAR** que la totalidad de las obras efectuadas por ESTRUMETAL S. A. en virtud de los contratos señalados en los NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y CUARTO DE LAS PRETENSIONES, beneficiaron e incrementaron el valor del PATRIMONIO del **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA**, Fideicomiso constituido por documento privado de fecha 30 DE NOVIEMBRE DE 2015 entre la SOCIEDAD PROCAL CONSTRUCTORES S. A. en calidad de FIDEICOMITENTE y FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A. en calidad de FIDUCIARIA, FIDEICOMISO con NIT. 830.053.700-6, y cuyo vocero, administrador y representante legal es la Sociedad **FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A., cuya sigla es "FIDUDAVIVIENDA S. A."**

**OCTAVO: DECLARAR** que PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. adeuda por concepto de CAPITAL de los CUATRO CONTRATOS señalados en los NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y CUARTO DE LAS PRETENSIONES y a la fecha de esta demanda y sin incluir intereses que se han causado desde la fecha de cada factura, la suma de **CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTIDOSMILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL OCHO PESOS (\$4.422.305.008) MONEDA LEGAL COLOMBIANA**.

**NOVENO: DECLARAR** que ESTRUMETAL S. A. para el cobro de estas obligaciones ha adelantado PROCESOS EJECUTIVOS contra PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. ante los JUECES CIVILES DEL CIRCUITO DE POPAYAN, pero no ha obtenido resultados positivos ante la insolvencia de la deudora y la ausencia de bienes que garanticen el pago de estas obligaciones anteriores al 30 DE NOVIEMBRE DE 2015 y por esa razón viene sufriendo un perjuicio.

**DECIMO: DECLARAR** que PROCAL CONSTRUCTORES S. A. y FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A. al celebrar el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL del 30 DE NOVIEMBRE DE 2015 y constituir el FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA e incrementarlo con el BIEN INMUEBLE descrito en la PRETENSION SEXTA, sustrajo de la PRENDA GENERAL DE LA GARANTIA DE ACREEDORES como ESTRUMETAL S. A. anteriores al 30 DE NOVIEMBRE DE 2015, el principal activo de dicha sociedad PROCAL CONSTRUCTORES S. A. y lo ha llevado a un estado de insolvencia.

Estas DIEZ (10) DECLARACIONES no fueron admitidas por el Despacho, pero en el proceso se demostraron cada una de ellas. Y es deber y obligación del Juez DICTAR SENTENCIA EN UN PROCESO DECLARATIVO, reconocer las pretensiones que se demostraron en el proceso.

Y si el Despacho de primera instancia hubiese DECLARADO EN LA SENTENCIA estas DIEZ PRETENSIONES DECLARATIVAS que fueron PROBADAS Y CONFESADAS por los demandados, el camino para reconocer las siguientes pretensiones declarativas y de condena estaba allanado.

Sobre todo, la PRETENSION SEPTIMA DECLARATIVA que indica con claridad que el PATRIMONIO AUTONOMO se benefició con las obras realizadas y ejecutadas por ESTRUMETAL.



Se solicita entonces en SEGUNDA INSTANCIA que el TRIBUNAL se pronuncie sobre ellas porque existen pruebas documentales, testimoniales y confesiones de parte que permiten concluir que la Administración de Justicia debe reconocerlas. Y a partir de ese reconocimiento, insisto, se abre el camino para cualquiera de las CUATRO ACCIONES que se exponen en la demanda:

- **LA PRIMERA ES LA PETICIÓN DE PODER PERSEGUIR EL INMUEBLE EN EL FIDEICOMISO POR SER ACREEDOR ANTERIOR A SU CONSTITUCIÓN**
- **LA SEGUNDA ES LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO POR FRAUDE A LOS ACREEDORES AL DEMOSTRAR QUE CAUSÓ UN PERJUICIO AL ACREEDOR, INDEPENDIENTE SI ES O NO ACREEDOR ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO**
- **LA TERCERA ES LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**
- **LA CUARTA ES RECONOCER EL BENEFICIARIO REAL DE LA OBRA EJECUTADA POR EL DEMANDANTE**

Y a fuerza de ser reiterativo, son CUATRO ACCIONES que tienen fundamento jurídico INDEPENDIENTE y que se basan en los mismos hechos, pero que tienen su soporte en esas PRIMERAS SIETE PRETENSIONES DECLARATIVAS que el Tribunal debe aceptar en su fallo.

#### **CAPITULO IV LAS ACCIONES FRENTE AL FIDEICOMISO**

El artículo 1238 del CODIGO DE COMERCIO consagra TRES ACCIONES DE LOS ACREEDORES frente al FIDEICOMISO:

***PRIMERA ACCION: LOS BIENES OBJETO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO NO PODRÁN SER PERSEGUIDOS POR LOS ACREEDORES DEL FIDUCIANTE, A MENOS QUE SUS ACREENCIAS SEAN ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN DEL MISMO.***

***SEGUNDA ACCION: LOS ACREEDORES DEL BENEFICIARIO SOLAMENTE PODRÁN PERSEGUIR LOS RENDIMIENTOS QUE LE REPORTEN DICHOS BIENES.***

***TERCERA ACCION: EL NEGOCIO FIDUCIARIO CELEBRADO EN FRAUDE DE TERCEROS PODRÁ SER IMPUGNADO POR LOS INTERESADOS.***

La primera de ellas es el DERECHO QUE TIENEN LOS ACREEDORES frente al PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO de perseguir los bienes siempre y cuando sus obligaciones sean anteriores a la constitución del fideicomiso.

La segunda es el derecho que tienen los ACREEDORES DEL BENEFICIARIO DEL FIDEICOMISO por OBLIGACIONES POSTERIORES A LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO para perseguir UNICA Y EXCLUSIVAMENTE LOS RENDIMIENTOS que le genere el FIDEICOMISO.

La tercera es el derecho que TIENE CUALQUIER INTERESADO (ACREEDOR ANTERIOR O POSTERIOR O QUIEN DEMUESTRE UN INTERES LEGITIMO) para IMPUGNAR EL FIDEICOMISO si se celebró en fraude a sus acreedores.



En una sola norma se consagran TRES ACCIONES DIFERENTES a favor de TERCEROS. Dos de ellas -la primera y segunda- es para acreedores del BENEFICIARIO Y/O FIDEICOMITENTE y la tercera es para CUALQUIER INTERESADO.

Las dos primeras se refieren exclusivamente al DERECHO A PERSEGUIR PATRIMONIALMENTE los bienes o rendimientos del FIDEICOMISO y la tercera el derecho que se tiene de IMPUGNAR Y DAR POR TERMINADO EL FIDEICOMISO.

Nuestra demanda tiene como soporte jurídico la PRIMERA Y LA TERCERA de las acciones que señala esta norma y que son COMPLETA Y TOTALMENTE INDEPENDIENTES.

## CAPITULO V

### LA ACCION DEL ACREEDOR ANTERIOR AL FIDEICOMISO NO EXIGE QUE LA OBLIGACION SEA EXIGIBLE:

Frente al derecho que tiene el acreedor de perseguir los bienes del FIDEICOMITENTE, el Juzgado expuso la tesis que ese derecho lo tiene es UNICA Y EXCLUSIVAMENTE el ACREEDOR que tuviese para esa fecha **OBLIGACIONES EXIGIBLES**.

El Despacho no tuvo en cuenta que la norma del artículo 1238 expresamente señala la CALIDAD DE ACREEDOR Y QUE LAS ACREENCIAS SEAN ANTERIORES A LA CONSTITUCION DEL MISMO. Señala la norma:

**LOS BIENES OBJETO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO NO PODRÁN SER PERSEGUIDOS POR LOS ACREEDORES DEL FIDUCIANTE, A MENOS QUE SUS ACREENCIAS SEAN ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN DEL MISMO**

En ningún momento señala que se trata de OBLIGACIONES CLARAS, EXPRESAS Y EXIGIBLES al momento de la CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO. La norma solo se refiere a **ACREEDORES** y que sus **ACREENCIAS SEAN ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN DEL MISMO**.

Y la interpretación correcta debe ser la siguiente:

- El contrato es fuente de obligaciones. Y en un contrato, cada una de las partes frente a las obligaciones y derechos surgidos del acto jurídico, se convierten a su vez en acreedores y deudores.
- Para el caso concreto, ESTRUMETAL se convirtió en deudor frente a la obligación de ejecutar la obra y en acreedor frente a la obligación de pagar la obra. PROCAL se convirtió en acreedor para exigir la obligación de ejecutar la obra y en deudor frente a la de pagar por esa obra.
- **Desde el mismo momento en que se suscribió el contrato, el PATRIMONIO DE PROCAL es PRENDA GENERAL PARA TODOS LOS ACREEDORES conforme a los artículos 2488 y 2492 del Código Civil.**
- Por lo tanto, las acreencias surgidas con anterioridad al FIDEICOMISO, así sean exigibles con posterioridad, tienen el derecho de perseguir los bienes que son objeto del negocio fiduciario.



- Es por eso que la FIDUCIARIA al momento de celebrar el contrato le pide al FIDEICOMITENTE que exprese si con la transferencia del bien al fideicomiso, le quedan suficientes bienes para garantizar las obligaciones de sus acreedores en ese momento.

Si el legislador hubiese querido exponer el tema de la EXIGIBILIDAD, lo hubiese señalado EXPRESAMENTE señalando “**que sus acreencias sean exigibles y anteriores a la constitución del Fideicomiso**”. Pero no lo hizo, y por lo tanto y como REGLA DEL DERECHO, cuando el legislador no ha hecho distinciones le es prohibido al interprete, hacerlas.

La calidad de ACREEDOR ANTERIOR A LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO se demostró en el proceso con el CONTRATO CELEBRADO.

El contrato es un acto por el cual una persona se obliga para con otra, o un acto mediante el cual dos o más personas se obligan de manera reciproca a dar, hacer o no hacer algo; el contrato es una fuente de las obligaciones, debido a que cuando se celebran un contrato dependiendo de su naturaleza para las partes contratantes nacen ciertas obligaciones.

Para la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 14 de agosto de 2000 expediente 5577 define el contrato de la siguiente manera:

*«El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando una de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciendo producir a la convención efectos que estas acaso no sospecharon.»*

Se puede afirmar que el contrato es una fuente de las obligaciones por que aun en los contratos de carácter unilateral a una de las partes le asisten las obligaciones del contrato, por ejemplo, en el contrato de comodato la obligación le asiste al comodatario de cuidar y conservar la cosa prestada.

La calidad de ACREEDOR DE ESTRUMETAL nació en el momento de la celebración del contrato. Desde ese mismo momento surgieron obligaciones y derechos que le permitían exigirle a su contraparte PROCAL el cumplimiento de las mismas. El tema de la EXIGIBILIDAD no lo tiene contemplada la norma para legitimar su derecho a perseguir los bienes del fiduciante.

Tanto es así, y se demostró en el proceso, que ESTRUMETAL antes de celebrar el contrato pidió información financiera y patrimonial a PROCAL y básicamente porque es la forma como un contratista se percata que existe capacidad de pago y patrimonio que respalde esa labor. Y recuerdo, el patrimonio del deudor es PRENDA GENERAL PARA TODOS LOS ACREEDORES.

De modo que la CALIDAD DE ACREEDOR con LEGITIMIDAD PARA PERSEGUIR LOS BIENES se adquirió al momento de celebrar el contrato y no tiene relación con la EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES que es completa y totalmente independiente.

Si el Tribunal concluye que la EXIGIBILIDAD NO ES REQUISITO, porque la ley NO LO MENCIONA NI LO EXIGE, se da puerta abierta a la ACCION DE PERSEGUIR LOS BIENES QUE CONFORMAN EL FIDEICOMISO.



Debo señalar que esta ACCION NO PRETENDE EXTINGUIR EL FIDEICOMISO, como si ocurre con la TERCERA. Aquí la acción busca que el ACREEDOR PUEDA PERSEGUIR LOS BIENES QUE CONFORMAN EL FIDEICOMISO y por lo tanto con esos bienes se puedan pagar las obligaciones.

Y de ahí surge que el Tribunal pueda ACEPTAR LA PRETENSION PRINCIPAL: El derecho que tiene ESTRUMETAL DE PERSEGUIR LOS BIENES QUE CONFORMAN AL FIDEICOMISO.

## **CAPITULO VI DEL FRAUDE A LOS ACREEDORES Y LA ACCION PARA EXTINGUIR EL PATRIMONIO AUTONOMO**

El artículo 1238 del Código de Comercio en su segundo inciso trae una acción para extinguir el FIDEICOMISO y es cuando se celebra en fraude a terceros. En esta acción NO ES REQUISITO que existan obligaciones antes o después de su constitución. Igualmente, no es requisito ser ACREEDOR. Puede intentarlo cualquiera que tenga INTERES LEGITIMO EN RESTABLECER EL PATRIMONIO DEL FIDEICOMITENTE.

Y el FRAUDE A LOS ACREEDORES se sustenta en estos hechos demostrados en el proceso:

- **ES UN HECHO CIERTO Y REAL QUE PROCAL HOY SE ENCUENTRA COMPLETA Y TOTALMENTE INSOLVENTE. NO TIENE ACTIVIDAD COMERCIAL Y SU UNICO ACTIVO PARA RESPONDER A LOS TERCEROS ES EL PATRIMONIO AUTONOMO.**
- **ES UN HECHO CIERTO Y REAL QUE DESDE EL MISMO MOMENTO EN QUE SE CONSTITUYÓ EL FIDEICOMISO, LAS PARTES FIDUCIARIA-FIDEICOMITENTE ESTABLECIERON QUE EL FIDEICOMISO NO RESPONDERÍA POR LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR EL FIDEICOMITENTE CON SUS CONTRATISTAS.**
- **ES UN HECHO CIERTO Y REAL QUE DESDE EL MISMO MOMENTO EN QUE SE CONSTITUYÓ EL FIDEICOMISO, LAS PARTES FIDUCIARIA-FIDEICOMITENTE ESTABLECIERON QUE EL FIDEICOMISO SE APROPIARIA DE TODAS LAS CONSTRUCCIONES PERO QUE NO RESPONDERIA POR LAS OBLIGACIONES CON CONTRATISTAS, TRABAJADORES, PROVEEDORES Y DEMAS QUE SURGEN DE UNA CONSTRUCCION.**
- **Y LA FIDUCIARIA, COMO NO SE ESTABLECIÓ LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES EN EL FIDEICOMISO, SE LOS ENTREGÓ AL FIDEICOMITENTE PARA QUE PERCIBIERA LOS FRUTOS COMO SE PRUEBA CON LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO APORTADOS COMO PRUEBA, Y SE APROPIARA DE ESOS RECURSOS SIN NINGUNA LIMITACION Y SIN RENDIR CUENTAS Y MUCHO MENOS QUE CON ESOS DINEROS SE PAGARAN OBLIGACIONES DE LA OBRA**

Este contrato, que fue oculto para los terceros, claramente se hizo para DEFRAUDAR A LOS ACREEDORES si el FIDEICOMITENTE PROMOTOR no pudiese cumplir con sus compromisos.



Y en el proceso se demostró que desde el mismo momento que se celebró el contrato de fiducia, el patrimonio autónomo no iba a responder por obligaciones de PROCAL con sus contratistas de ESA OBRA pero que si se iba a apropiarse de todas las obras ejecutadas.

El contrato de fiducia, como se expresó durante los interrogatorios, consagró reglas que permiten concluir **que el objetivo era INCREMENTAR EL PATRIMONIO AUTONOMO CON EL CENTRO COMERCIAL** pero no hacerse responsable de ninguna obligación de PROCAL.

Y debo agregar igualmente que ESTE CONTRATO ES PRIVADO Y CON RESERVA BANCARIA y solo vino a conocerse a raíz de este proceso. Los acreedores y contratistas de PROCAL lo desconocían completamente. Fue un contrato que, en su texto, JAMAS CONOCIERON LOS CONTRATISTAS DE PROCAL. Conocían de su existencia, pero NO DE SU CONTENIDO.

Y el diseño fue muy claro y lo resumo:

- Las UNICAS OBLIGACIONES que adquirió el PATRIMONIO AUTONOMO fueron: Las comisiones a la fiduciaria, el CREDITO CON EL BANCO DAVIVIENDA y las PROMESAS DE VENTA con los COMPRADORES.
- Expresamente se estableció que el PATRIMONIO AUTONOMO no celebraría NINGUN CONTRATO con los EJECUTORES DE LA OBRA (contratistas y proveedores)
- Expresamente se estableció que el PATRIMONIO AUTONOMO se apropiaría de todas las OBRAS EJECUTADAS por PROCAL Y SUS CONTRATISTAS, pero en ningún caso respondería por ellas.
- Expresamente se estableció que en la CASCADA DE PAGOS (como lo definió RICARDO PEREZ) no aparecerían LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE LA OBRA.
- Expresamente se estableció que el PATRIMONIO AUTONOMO no respondería por NINGUNA DE LAS OBLIGACIONES contraídas por PROCAL en la ejecución del CENTRO COMERCIAL
- Y a pesar que el PATRIMONIO AUTONOMO era el propietario del CENTRO COMERCIAL, le permitió a PROCAL disponer del 100% de sus frutos con plena y absoluta libertad y jamás se interesó en el recaudo de los mismos y mucho menos contabilizar como propios los ARRENDAMIENTOS que se causaron por más de DOS AÑOS como se demostrará en segunda instancia.

Es claro entonces que hubo un perjuicio a los acreedores de PROCAL y una defraudación y desmejora de la PRENDA GENERAL DE LOS ACREEDORES.

No se necesita acreditar la MALA FE en esta acción de ambas partes, se debe demostrar un FRAUDE. **El fraude de acreedores es una acción maliciosa encaminada a dificultar que los acreedores cobren sus deudas. Requiere la presencia del elemento subjetivo consistente en la conciencia o conocimiento por el deudor de que con ese acto se perjudica el derecho de los acreedores.** Y no necesariamente DEUDOR Y FIDUCIARIA deben estar de acuerdo en esa acción. Basta que uno de ellos tenga esa intención. Simplemente demostrar que con la constitución del FIDEICOMISO hubo una desmejora



para los acreedores del FIDEICOMITENTE y un perjuicio porque se sustrajo un activo de la PRENDA GENERAL DE LOS ACREEDORES y el DEUDOR impide de esa forma que le cobren sus deudas.

En nuestro proceso se demostró con los documentos y los testimonios, que:

- En forma voluntaria FIDEICOMITENTE Y FIDUCIARIA suscribieron un contrato en donde expresamente el PATRIMONIO AUTONOMO se apropiaba del ACTIVO y no respondía por NINGUNA OBLIGACION.
- Durante la vigencia del contrato, jamás la FIDUCIARIA y el PATRIMONIO AUTONOMO se interesaron por la suerte de proveedores y contratistas.
- La FIDUCIARIA le pagó a PROVEEDORES Y CONTRATISTAS, no porque fuera su obligación y se sintiera responsable, sino porque recibía instrucciones de PROCAL.
- La obra se terminó en un 100% y el CENTRO COMERCIAL está operando perfectamente
- Se concluyó que se debía un dinero a ESTRUMETAL y que no se pagó la obra ejecutada en un 100%
- Que PROCAL está completa y totalmente insolvente y sin capacidad de pagar las obligaciones y que TODO SU PATRIMONIO está reflejado en el CENTRO COMERCIAL que no está en su nombre y que ADEMAS NO RESPONDE por ninguna obligación de PROCAL
- Que PROCAL disfruta de los frutos del CENTRO COMERCIAL y que la FIDUCIARIA diga que ese no es su objeto expresamente y que poco le importen esos ingresos, pero en el contrato se establezca que los FRUTOS si hacen parte del FIDEICOMISO son INDICIOS que este contrato se ha efectuado en FRAUDE PARA LOS ACREEDORES.

Es claro que PROCAL, con ese contrato de fiducia y con las reglas que PACTO CON FIDUCIARIA DAVIVIENDA, se comprometía con sus CONTRATISTAS, pero excluyó de toda responsabilidad al FIDEICOMISO.

Una JUGADA MAESTRA que no es USUAL EN ESTOS FIDEICOMISOS (así lo describió RICARDO PEREZ) y en donde el 100% de los contratos y obligaciones son del FIDEICOMITENTE, pero el FIDEICOMISO NO SE HACE RESPONSABLE DE NINGUNA DE ESAS OBLIGACIONES y expresamente señala que no es garantía ni responderá por nada de esos compromisos.

Cito a continuación esta CLAUSULA DEL DOCUMENTO PRIVADO que NO CONOCIAN LAS PARTES que celebraron contratos de obra con PROCAL:

2.5 La FIDUCIARIA, el FIDEICOMISO y los BENEFICIARIOS distintos de éste, en el evento en que los llegare a haber, no asumen ninguna responsabilidad frente a las personas vinculadas laboralmente al FIDEICOMITENTE, ni frente a los contratistas y subcontratistas, por el cumplimiento de las obligaciones laborales, civiles y comerciales las que les corresponde asumir a este último.

El contrato estableció una PRELACION DE PAGOS:



**QUINTA: PRELACIÓN DE PAGOS.-** En desarrollo del CONTRATO, la FIDUCIARIA procederá a efectuar con cargo a los recursos existentes en el FIDEICOMISO, los pagos relacionados con los conceptos que se enuncian a continuación, en la prelación que los mismos se establecen, a saber:

- 5.1 Pago de impuestos a que haya lugar;
- 5.2 Comisión fiduciaria;
- 5.3 Gastos operativos del PROYECTO;
- 5.4 Obligación de amortización del crédito que será otorgado por la(s) ENTIDAD(ES) CREDITICIA(S);
- 5.5 Gastos de administración del PROYECTO, incluido capital de trabajo; y
- 5.6 Pagos al FIDEICOMITENTE o a quienes éste indique.

Y se puede observar claramente que **NUNCA SE CONSIDERO EN LA PRELACION DE PAGOS**, el de los **COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DEL PROYECTO**. Y le preciso al Tribunal, los “gastos operativos del Proyecto” no tienen nada que ver con los **COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DEL PROYECTO**.

Y previendo desde ya lo que sucedería, FIDUCIARIA Y FIDEICOMITENTE acordaron que el 100% de las mejoras ingresarían al PATRIMONIO:

**PARÁGRAFO SEGUNDO:** La transferencia a que se hace referencia en el punto anterior comprenderá todas las edificaciones, mejoras e instalaciones existentes y las que llegaren a levantarse e integrarse al LOTE en el futuro, mientras se encuentre vigente el CONTRATO. Así mismo, se extenderá a todos aquellos muebles que por accesión o radicación se reputen inmuebles de acuerdo con la ley.

Y acordaron desde el primer momento que **NO RESPONDERIA EL PATRIMONIO** por **NINGUNA OBLIGACION DE PROCAL** con terceros, cuando acordaron:

**OCTAVA: EFECTOS PATRIMONIALES.-** Los bienes objeto de este negocio fiduciario, solo garantizarán obligaciones que se constituyan con cargo al patrimonio autónomo correspondiente, en desarrollo de la gestión fiduciaria. Conforme a lo estipulado más adelante, la FIDUCIARIA podrá otorgar sobre dichos bienes las garantías reales necesarias para garantizar créditos a favor del sector financiero que se obtengan para ejecutar el PROYECTO y en general, para proporcionarle al FIDEICOMISO los recursos líquidos que este requiera para el cumplimiento de los fines del presente contrato de fiducia mercantil.

Y este punto del contrato debe considerarse **IMPORTANTE**. La FIDUCIARIA le da mandato al FIDEICOMITENTE para que contrate por cuenta del FIDEICOMISO, pero a su vez en las reglas anteriores **PACTAN QUE NO RECONOCERAN OBLIGACIONES DE NINGUN TIPO:**



**PARÁGRAFO:** La FIDUCIARIA, a través del presente contrato, le otorga al FIDEICOMITENTE un mandato sin representación, conforme a lo dispuesto por el artículo 1262 del Código de Comercio y Art. 29 del Decreto Reglamentario 3050 de 1997 y Art. 3 del Decreto Reglamentario 1514 de 1998 y las demás normas que los modifiquen, adicionen o deroguen. Por lo anterior, el FIDEICOMITENTE será, ante los terceros con quienes contrate, titulares de los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos que con ellos celebre.

Por lo tanto, la celebración de los contratos suscritos para el desarrollo del proyecto así como la realización de la compra de bienes y servicios, estará a cargo del FIDEICOMITENTE, quien tendrá la obligación de practicar al momento del pago o abono en cuenta, todas las retenciones sobre impuestos de Renta, Ventas, ICA y las demás establecidas por las normas fiscales vigentes, teniendo en cuenta para el efecto la calidad tributaria del FIDEICOMISO (Patrimonios autónomos administrados por Fiduciaria Davivienda Nit 830.053.700-6). Así mismo, cumplirán con todas las

obligaciones inherentes al agente retenedor (retener, declarar, pagar, certificar e informar medios magnéticos).

Así mismo, el FIDEICOMITENTE en calidad de mandatario expedirá mensualmente a Fiduciaria a más tardar el cuarto día hábil del mes siguiente, una certificación con el detalle de los costos y gastos por capítulo de obra de acuerdo con el formato definido por FIDUCIARIA, debidamente firmada por el representante legal y Revisor fiscal (para aquellos casos en que la entidad no este obligada a tener revisor fiscal, serán firmados por contador público), según las disposiciones legales vigentes sobre esta materia.

**Y a pesar de todo lo anterior, NUEVAMENTE Y EN OTRA NORMA CONTRACTUAL disponen las partes:**

**PARÁGRAFO SEGUNDO:** La FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRAPLAZA deja expresa constancia que el personal y contratistas empleados en la obra no tienen relación jurídica directa con el FIDEICOMISO ni con la FIDUCIARIA, quien actúa exclusivamente como vocera del FIDEICOMISO. Dicha relación existe con el respectivo contratista o con el FIDEICOMITENTE, según el caso, quienes en consecuencia se obligan a atender el pago de salarios, prestaciones y demás obligaciones que le imponen las normas laborales, así como las de carácter civil con los contratistas.

**En el CONTRATO claramente se consagraron MULTIPLES NORMAS para lograr que el FIDEICOMISO se apropie de todos los ACTIVOS pero que NO RESPONDA POR NINGUNA OBLIGACION CON CONTRATISTAS Y EMPLEADOS DE LA OBRA.**

**Con este análisis de ALGUNAS DE LAS CLAUSULAS DEL CONTRATO -que sólo vino a conocerse con esta demanda porque goza de la protección legal de reserva bancaria- el Tribunal debe concluir que su CLAUSULADO va en contra de los ACREEDORES DE PROCAL y con esta FIGURA JURIDICA, los CONTRATISTAS Y TRABAJADORES DEL PROYECTO quedaron completa y totalmente desprotegidos.**

**Hubo un ACUERDO DE VOLUNTADES FIDUCIARIA-FIDEICOMITENTE para asegurarse que LOS ACREEDORES-CONTRATISTAS DE PROCAL que trabajarían en el CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA no tuvieran como respaldo de su trabajo los bienes del FIDEICOMISO.**



Es por eso que, como PRIMERA PRETENSION SUBSIDIARIA, se impone reconocer que HUBO UN FRAUDE A LOS ACREEDORES DE PROCAL y FIDUCIA-FIDEICOMITENTE establecieron normas en el contrato de fiducia que GARANTIZABA que si el PROYECTO FRACASABA, ellos no podrían tener como garantía el CENTRO COMERCIAL.

## **CAPITULO VII COMO CONSECUENCIA DEL TEXTO DEL CONTRATO, EL PATRIMONIO AUTONOMO NO ES GARANTIA PARA LOS ACREEDORES DE PROCAL**

Durante la sentencia, en varias oportunidades, el Juez expresó que el FIDEICOMISO SI ERA GARANTIA para los ACREEDORES CONTRATISTAS DE PROCAL y que sería FUENTE DE PAGO para los compromisos adquiridos.

Pues bien, a pesar que **RICARDO PEREZ ASÍ LO EXPRESÓ EN GENERAL**, pero no en particular porque desconocía el contrato PROCAL-DAVIVIENDA, el Despacho desconoció lo que se PACTO EXPRESAMENTE en el contrato de fiducia y en la ESCRITURA DE TRANSFERENCIA DEL INMUEBLE:

- Pagina 7 de 37:

*“2.5. LA FIDUCIARIA, el FIDEICOMISO y los BENEFICIARIOS distintos de éste, en el evento en que los llegare a haber, NO ASUMEN NINGUNA RESPONSABILIDAD frente a las personas vinculadas laboralmente al FIDEICOMITENTE, ni frente a los contratistas y subcontratistas, por el cumplimiento de las obligaciones laborales, civiles y comerciales las que les corresponde asumir a este último”*

- PARAGRAFO DE LA CLAUSULA CUARTA de la escritura pública No. 4981 del 18-12-2015 de la NOTARIA TERCERA DE POPAYAN:

*“PARAGRAFO: Si en el bien fideicometido llegare a realizarse mejoras, EL FIDEICOMITENTE TRADENTE se obliga a responder por ellas ante FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A. y ante terceros, de tal manera que FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A. y el FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA quedan exonerados de toda responsabilidad por cualquier acto o hecho que se relacione con dichas mejoras”*

- Página 11 de 37:

*“PRELACION DE PAGOS: En desarrollo del CONTRATO, la FIDUCIARIA procederá a efectuar con cargo a los recursos existentes en el FIDEICOMISO, los pagos relacionados con los conceptos que se enuncian a continuación, en la prelación que los mismos se establecen, a saber:*

- 5.1. Pago de impuestos a que haya lugar
- 5.2. Comisión fiduciaria
- 5.3. Gastos operativos del PROYECTO
- 5.4. Obligación de amortización del crédito que será otorgado por la(s) ENTIDAD(ES) CREDITICIA(S)
- 5.5. Gastos de Administración del proyecto, incluido capital de trabajo, y,
- 5.6. Pagos al FIDEICOMITENTE o a quienes éste indique”



Por lo tanto, es completa y totalmente alejado de la realidad que el FIDEICOMISO garantizaba COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE CONSTRUCCION DEL CENTRO COMERCIAL, como SI ES USUAL en este tipo de contratos.

A ESTRUMETAL le cancelaron dineros, no porque estuviera en la CASCADA DE PAGOS COMO GARANTIA, sino porque el FIDEICOMITENTE indicó que debía cancelarle esa suma de dinero. En ningún caso porque el FIDEICOMISO estuviese garantizando esos pagos.

Y este error del Juzgado lo llevó a NO RECONOCER lo que señalé en el CAPITULO VI que el contrato se celebró de tal forma que fue en FRAUDE A LOS ACREEDORES, porque lo blindaron de tal forma que no permitiría a los CONTRATISTAS Y TRABAJADORES DEL PROYECTO tener como fuente de pago los bienes que conformaron el CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA.

### **CAPITULO VIII**

#### **NO DAR POR DEMOSTRADO, ESTANDOLO QUE ESTRUMETAL ERA ACREEDOR DE PROCAL POR OBRAS EJECUTADAS EN EL CENTRO COMERCIAL:**

No dar por demostrado, estándolo, que PROCAL adeuda algo más de CUATRO MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS a ESTRUMETAL por la obra ejecutada. Y si bien es cierto se ha expuesto en los ejecutivos que la **OBLIGACION NO ERA EXIGIBLE** porque no se había suscrito el ACTA DE LIQUIDACION FINAL, se debía dar por demostrado que la OBLIGACION SI EXISTE Y SE ADEUDA y que ha sido por culpa del DEUDOR que no se ha suscrito dicha acta, constituyendo ese hecho un INDICIO DE MALA FE para eludir el cumplimiento de esa obligación.

Se demostró que la obra fue entregada, incluso RICARDO PEREZ reconoció que la obra de estructura se había completado en un 100% y tanto es que se pudo continuar con los ítems siguientes. Los testigos, a quienes no se les puede tachar de sospechosos, declararon que la OBRA SE TERMINO y por eso se pudo continuar con la OBRA BLANCA y culminar el CENTRO COMERCIAL.

La parte demandada debía demostrar que PAGO. La carga procesal es de ellos. Mi afirmación fue que LE DEBIAN EL DINERO. No se demostró pago y por lo tanto era posible DECLARAR QUE SE ADEUDABA ESE DINERO. Además, todas las pruebas concluyeron que la OBRA SE HABIA ENTREGADO A SATISFACCION y que a la fecha no existe ninguna reclamación del DUEÑO DE LA OBRA.

Este punto no se analizó por el Despacho y era importante porque hacía parte de una de las PRETENSIONES DECLARATIVAS de la demanda.

Ahora bien, se expresó en forma equivocada en la sentencia que el 100% de las obligaciones requerían ACTA DE LIQUIDACION FINAL cuando no es así. La RETEGARANTIA si lo exige, pero las otras FACTURAS corresponden a ACTAS PARCIALES DE OBRA que tienen su soporte y estaban en mora de ser canceladas.

Para nada la sentencia se refirió a este hecho IMPORTANTE y que tenía relación con la PRETENSION OCTAVA:

**OCTAVO: DECLARAR QUE PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. ADEUDA POR CONCEPTO DE CAPITAL DE LOS CUATRO CONTRATOS SEÑALADOS EN LOS NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO DE LAS PRETENSIONES Y A LA FECHA DE ESTA DEMANDA Y SIN INCLUIR**



**INTERESES QUE SE HAN CAUSADO DESDE LA FECHA DE CADA FACTURA, LA SUMA DE CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTIDOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL OCHO PESOS (\$4.422.305.008) MONEDA LEGAL COLOMBIANA.**

Esta PRETENSION DECLARATIVA se suma a las que señalé en el CAPITULO II de esta sustentación. Perfectamente el Juez podía declarar este punto. Un tema diferente era LA EXIGIBILIDAD, pero su existencia podía perfectamente declararla el Juez, si además se demostró:

- La estructura fue entregada a PROCAL,
- PROCAL continuó la obra blanca y terminó el PROYECTO,
- PROCAL entregó los locales comerciales a compradores y a arrendatarios,
- No existe objeción alguna en la ESTRUCTURA,
- El contratante se negó a FIRMAR EL ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO y por lo tanto no puede ser premiado con la “exoneración” a pagar las obras ejecutadas

Esta DECLARACION es muy importante para el proceso porque permitirá concluir que hay DERECHOS EN ESA SUMA TAN IMPORTANTE invertidos en el CENTRO COMERCIAL, para efectos del ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA PRETENSION TERCERA.

Este reconocimiento debe darse en la sentencia porque está demostrado con documentos y con testimonios, pero más importante, con la OBRA MISMA. Otro punto es su EXIGIBILIDAD en un proceso ejecutivo. Pero se adeuda esta suma de dinero por OBRAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS.

## **CAPITULO IX**

### **ESTADO DE INSOLVENCIA DE PROCAL Y LA DESMEJORA DE LA PRENDA GENERAL DE LOS ACREEDORES**

El Despacho no consideró ni analizó la desmejora de la PRENDA GENERAL DE LOS ACREEDORES que sufrieron los ACREEDORES DE PROCAL. El estado de insolvencia reconocido por PROCAL (lo llama ILIQUIDEZ, pero esta es una modalidad de INSOLVENCIA) es evidente por los diferentes procesos ejecutivos que no tienen garantía alguna porque el deudor carece de activos para lograr el pago de sus acreencias.

Esa desmejora del patrimonio del FIDEICOMITENTE, frente al CRECIMIENTO DESMEDIDO DEL PATRIMONIO AUTONOMO, es lo que permitía concluir que con el FIDEICOMISO se desmejoró la PRENDA GENERAL DE LOS ACREEDORES.

Se demostró en el proceso con la contabilidad del FIDEICOMISO que pasó de tener \$3.500.000.000 de activos a \$115.000.000.000. Y este punto no fue analizado ni valorado por el Despacho.

En este punto deseo señalar que PROCAL no quiso presentar al proceso a los CONTADORES Y REVISORES FISCALES para que dieran cuenta del estado de insolvencia de dicha Empresa. Así se le solicitó al Despacho, pero esa petición no fue decidida a pesar de la insistencia. **Y no presentar a las personas que manejaban su**



**contabilidad debe ser un indicio grave que confirma no solo la insolvencia sino el fraude para perjudicar a terceros.**

Ahora bien, la carta de la prueba sobre la SOLVENCIA Y/O LIQUIDEZ le correspondía a PROCAL y nada demostró en el proceso. Por eso era una afirmación indefinida en la demanda que obligaba a PROCAL demostrar lo contrario, y no lo hizo.

Si lo hubiese hecho en su sentencia, hubiese concluido que se demostró la PRETENSION DECIMA DE LA DEMANDA y que debía declararlo en la sentencia:

**DECIMO: DECLARAR** que PROCAL CONSTRUCTORES S. A. y FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A. al celebrar el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL del 30 DE NOVIEMBRE DE 2015 y constituir el FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA e incrementarlo con el BIEN INMUEBLE descrito en la PRETENSION SEXTA, sustrajo de la PRENDA GENERAL DE LA GARANTIA DE ACREEDORES como ESTRUMETAL S. A. anteriores al 30 DE NOVIEMBRE DE 2015, el principal activo de dicha sociedad PROCAL CONSTRUCTORES S. A. y lo ha llevado a un estado de insolvencia.

Ante el ESTADO DE INSOLVENCIA DE PROCAL -que fue demostrado con testimonios, documentos, pero también que NO FUE PROBADO LO CONTRARIO- era preciso concluir que esta situación AFECTO LA PRENDA GENERAL DE LOS ACREEDORES y se insiste, el FIDEICOMISO fue el vehículo para defraudarlos.

**CAPITULO X  
EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

Frente al enriquecimiento sin causa, el Despacho expresó que el FIDEICOMISO había pagado DOCE MIL MILLONES DE PESOS y por esa razón no existía enriquecimiento alguno.

Pero, y aquí es lo importante, desconoció varios hechos demostrados en el proceso:

- Que el FIDEICOMISO tiene un activo que se incrementó con las obras ejecutadas por los contratistas de PROCAL y por lo menos en el caso de ESTRUMETAL solo pagó menos del 50% de los mismos.
- Que se pactó expresamente que todas las mejoras serían PROPIEDAD DEL FIDEICOMISO pero que no respondería por ninguna.
- Que ESTRUMETAL con su trabajo incrementó el PATRIMONIO AUTONOMO, pero este no reconoce ninguna de esas obligaciones.

No sólo el FIDEICOMISO no responde por esas obligaciones, sino que se apropia de LAS MEJORAS realizadas sobre el lote de terreno sin pagar por ellas y sin hacerse cargo de las mismas.

Al despacho de primera instancia se le entregó la CONTABILIDAD DEL FIDEICOMISO. Y no era necesario ser PERITO para estudiar esta información y concluir que el PATRIMONIO creció en ACTIVOS gracias a las construcciones elaboradas por CONTRATISTAS COMO ESTRUMETAL. Y ese ENRIQUECIMIENTO DEL PATRIMONIO va en desmedro del EMPOBRECIMIENTO DE ESTRUMETAL.



Pero, además, y no quiero reiterarlo, claramente en el contrato se estableció que el FIDEICOMISO se apropiaría de TODAS LAS MEJORAS, pero NO RESPONDERIA por el pago de contratistas de la obra.

**¿EXISTE ALGUNA RAZÓN O CAUSA PARA QUE EL PATRIMONIO AUTONOMO SE APROPIARA DEL 100% DEL CENTRO COMERCIAL Y NO RESPONDIERA POR LOS PAGOS A CONTRATISTAS, PROVEEDORES Y OBREROS?**

Por eso se habla de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. En el contrato fiduciario se estableció CLARAMENTE que el PATRIMONIO NO RESPONDERIA POR NINGUNA OBLIGACION DE LA OBRA pero si se quedaría con TODAS LAS MEJORAS construidas sobre el lote de terreno.

Hoy, el FIDEICOMISO ES DUEÑO DEL 100% DEL CENTRO COMERCIAL pero no responde por ninguna obligación de PROCAL con sus contratistas y obreros por así haberlo pactado en el contrato.

La primea instancia señaló que no HAY PRUEBA PERICIAL que acredite el ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. Y mi pregunta es: ¿Será necesario?

Y debo señalar en este punto que la PRUEBA PERICIAL no era necesaria e indispensable pero además porque era IMPOSIBLE TENERLA EN LAS OPORTUNIDADES PROCESALES como quiera que es INFORMACION PRIVILEGIADA Y CONFIDENCIAL DEL FIDEICOMISO y solo se le hizo entrega al Despacho en MARZO DE 2020. Si el Despacho estimaba que era necesario para ese análisis la prueba pericial, pudo haberla decretado de oficio y no lo hizo.

Pero independiente de ello, es una información de fácil lectura sin necesidad de peritazgo y en donde se encontrará que a PROCAL le entregaron más de SEIS MIL MILLONES DE PESOS sin soporte alguno y que el patrimonio autónomo tuvo un crecimiento patrimonial sin justificación alguna diferente a que SE APROPIO DE LAS MEJORAS sin responder por ellas.

Y además se puede apreciar que no aparece REPORTADO SUMA ALGUNA POR CONCEPTO DE FRUTOS cuando SI HACIAN PARTE DEL FIDEICOMISO (Página 9 de 37 literal H: ***“Por los rendimientos que produzcan los bienes que lo conforman, cualquiera que sea su causa u origen”***)

La Corte Suprema de Justicia determinó que para que haya enriquecimiento sin causa se requiere que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique<sup>1</sup>.

Son tres, entonces, los requisitos que a su juicio deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes:

**1) UN ENRIQUECIMIENTO O AUMENTO DE UN PATRIMONIO;**

**2) UN EMPOBRECIMIENTO CORRELATIVO DE OTRO, Y**

<sup>1</sup>Corte Suprema de Justicia. Sentencias 19 de agosto de 1935, 19 de septiembre de 1935 y 9 de noviembre de 1936.  
Carrera 3 No. 6-83  
Cuarto Piso  
Edificio La Merced  
Santiago de Cali

Teléfonos 8841328 – 3206759610 - 3206759613  
edgarnavia@naviaestradaabogados.com  
juansebastian@naviaestradaabogados.com



### 3) QUE EL ENRIQUECIMIENTO SE HAYA PRODUCIDO SIN CAUSA, ES DECIR, SIN FUNDAMENTO JURÍDICO<sup>2</sup>.

La acción del enriquecimiento sin causa es una institución jurídica que actúa como remedio del detrimento injustificado de un patrimonio. Una pérdida económica en los activos de un patrimonio no hace caso a un fenómeno de extinción, sino de transferencia, es decir, toda pérdida económica debe tener un correlativo enriquecimiento en otro sujeto.

Sin embargo, existen instituciones jurídicas que permiten transferencias patrimoniales de un sujeto a otro, siendo una de estas el contrato, que se concibe como una justificación de este movimiento económico.

Ahora, la institución jurídica que estamos analizando tiene su origen en el Derecho Romano, ya que, debido a las formalidades que imponía el *ius civile*, el pretor urbano y el peregrino debieron acudir a un remedio procesal, que no dejaría desprovistas de derecho aquellas situaciones que no contemplaban una institución jurídica reconocida. Así, existía la ejecución de prestaciones sin la justificación de una fuente de obligaciones, lo cual permitió el nacimiento de acciones *in factum*, que soportaban su pretensión en hechos que debían ser protegidos por el Derecho. A lo anterior se le conocía como el *ius honorarium*.

En consecuencia, el enriquecimiento de un pater por una situación desprovista de causa jurídica le concedía al afectado una acción conocida como *condictio in debiti*, que era genérica y se concretaba en la *actio in rem verso*. Por esta razón, actualmente se considera la anterior acción como aquella con vocación de proteger a quien se ha empobrecido en favor de otro y sin causa jurídica que lo permita.

La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado la figura del enriquecimiento sin causa en Colombia. Así, el estudio de esta institución jurídica ha decantado dos tipos de requisitos que soportan una pretensión con base en esta figura: primero, los requisitos materiales, que hacen caso a la situación fáctica, y segundo, los requisitos jurídicos, que permiten identificar la laguna normativa que dará paso a este principio general del Derecho.

En cuanto a los elementos materiales, podemos decir que son tres:

- i) enriquecimiento de un patrimonio,
- ii) empobrecimiento de otro y
- iii) un origen común entre los dos.

Entonces, el enriquecimiento es un aumento en el patrimonio de una persona, lo cual debe ser a expensas del patrimonio de otro, para que se cumpla con los dos primeros elementos materiales. Por último, es necesario que exista un hecho común que permita identificar un punto de referencia entre el beneficio obtenido y el detrimento económico generado. El enriquecido y el empobrecido deben tener una relación inmediata, para que se entienda el enriquecimiento como directo, lo cual es lo más frecuente.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido el caso del **ENRIQUECIMIENTO INDIRECTO**. Este se concreta por la actuación de un tercero en el que no recaerán los efectos de la acción. Así, el tercero inmerso en esta relación mediata no será afectado ni beneficiado dentro de un litigio.

<sup>2</sup>Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26 de marzo de 1958  
Carrera 3 No. 6-83  
Cuarto Piso  
Edificio La Merced  
Santiago de Cali



Por otro lado, debido a la actuación subsidiaria del enriquecimiento sin causa como principio general del Derecho, debemos enunciar los requisitos jurídicos que permiten identificar la necesidad de aplicar la figura, los cuales son:

- i) inexistencia de causa jurídica y
- ii) ausencia de acción capaz de proteger al empobrecido.

Para nuestro proceso, es claro que PROCAL Y FIDUCIARIA DAVIVIENDA, a espaldas de sus PROVEEDORES, TRABAJADORES Y CONTRATISTAS, pactaron que TODAS LAS MEJORAS QUE SE CONSTRUYERAN EN EL LOTE FIDEICOMETIDO serían de PROPIEDAD EN UN 100% DEL FIDEICOMISO.

E igualmente pactaron que el FIDEICOMISO NO RESPONDERIA POR OBLIGACIONES DE PROCAL CON SUS CONTRATISTAS Y OBREROS.

Y está demostrado, con los informes contables, que no necesitan de perito para su simple lectura, que el PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO SE INCREMENTO con las obras ejecutadas, pero solamente el PATRIMONIO AUTONOMO reconoce como obligaciones a su cargo el CREDITO CONSTRUCTOR Y LOS DINEROS APORTADOS POR LOS PROMETIENTES COMPRADORES DE LOCALES.

Y por lo tanto, y gracias al TRABAJO DE ESTRUMETAL del cual le adeudan algo más de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS, el FIDEICOMISO se enriqueció.

Y este punto debe ser reconocido en la sentencia, porque LA UNICA RAZON PARA ESTE ENRIQUECIMIENTO DEL PATRIMONIO AUTONOMO fue el ACUERDO PROCAL-FIDUCIARIA para apropiarse de las mejoras. pero SIN RESPONDER POR LOS COSTOS de estas mejoras.

## **CAPITULO XI EL PERJUICIO DE ESTRUMETAL NO FUE POR LA CONDUCTA DE LOS DEMANDADOS SINO POR LA MEDIDA CAUTELAR**

El Despacho en su sentencia concluyó que el PERJUICIO CAUSADO A ESTRUMETAL proviene es de la MEDIDA CAUTELAR DE INSCRIPCION DE DEMANDA y no de haber constituido el FIDEICOMISO.

Se debe señalar que la demanda se presentó en JUNIO DE 2018 y solamente la INSCRIPCION DE LA DEMANDA se concretó en JULIO DE 2018. Para ese momento de la INSCRIPCION, habían transcurrido casi dos años desde que se terminó la obra y estaba en operación el CENTRO COMERCIAL.

Recuerdo claramente que RICARDO PEREZ declaró que no se habían hecho las escrituras y las SUBROGACIONES de los créditos y la venta de los locales para recoger cerca de DIECISIETE MIL MILLONES DE PESOS porque PROCAL ni el FIDEICOMISO habían realizado el REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Igualmente, PEREZ declaró que el problema de ILIQUIDEZ DEL PROYECTO fue que PROCAL cambió el PLAN DE NEGOCIOS al considerar que era mejor TENER LOS LOCALES ARRENDADOS y no venderlos. Y esa decisión fue exclusiva de PROCAL.



El problema de ILIQUIDEZ surgió desde 2016 y no fue responsabilidad de la MEDIDA CAUTELAR como lo expuso el Juez en su sentencia. Adicionalmente, la medida cautelar en ningún caso deja por fuera del comercio los bienes y perfectamente se podía vender el local prometido en venta. Pero insisto, el problema de iliquidez no fue producto de la cautela y por eso no se puede señalar que el perjuicio para ESTRUMETAL fue por su propia demanda.

Ahora bien, se alega que no se demostró el perjuicio, pero claramente los testigos funcionarios de ESTRUMETAL declararon como ese NO PAGO DE CERCA DE CUATRO MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS les ha dejado en una situación de iliquidez por ser dineros de su capital de trabajo. Sobre este punto y en relación con los testimonios presentados, expondré en segunda instancia.

## **CAPITULO XII DE LA PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA NO ANALIZADA POR EL JZUGADO:**

En la sentencia del 3 de diciembre el DESPACHO DE PRIMERA INSTANCIA en forma clara se refirió a varias de las pretensiones principales y subsidiarias **PERO NO HIZO NINGUNA PRONUNCIAMIENTO (MOTIVACION) SOBRE LA ÚLTIMA DE ELLAS QUE SON LAS TERCERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIA:**

### **TERCERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

**EN SUBSIDIO A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DECIMA PRIMERA, DECIMA SEGUNDA Y DECIMA TERCERA E IGUALMENTE A LAS PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS Y A LAS SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS, SE SOLICITARÁ DEL DESPACHO QUE SE PRONUNCIE SOBRE LAS SIGUIENTES TERCERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

**PRIMERA PRETENSION SUBSIDIARIA: CON FUNDAMENTO EN LAS PRETENSIONES PRIMERA A DECIMA, DECLARAR QUE EL REAL BENEFICIARIO DE LAS OBRAS EJECUTADAS POR ESTRUMENTAL S. A. CONFORME A LOS CUATRO CONTRATOS CELEBRADOS CON PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. FUE EL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA.**

**SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA: CONDENAR, COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACION ANTERIOR, A PAGAR EN FORMA SOLIDARIA AL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA CON PROCAL CONSTRUCTORES S. A. S. A LA SOCIEDAD ESTRUMETAL S. A. LA SUMA DE CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTIDOSMILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL OCHO PESOS (\$4.422.305.008) MONEDA LEGAL COLOMBIANA POR CONCEPTO DE CAPITAL Y LOS INTERESES MORATORIOS A PARTIR DE CADA UNA DE LAS FACTURAS COMO SE INDICA EN LA DEMANDA Y EN EL JURAMENTO ESTIMATORIO.**



A pesar de estar plenamente demostrado que el FIDEICOMISO tiene dentro de su activo el 100% de la ESTRUCTURA DEL CENTRO COMERCIAL que fue la obra ejecutada por ESTRUMETAL y que tuvo un costo superior a los VEINTISIETE MIL MILLONES DE PESOS de los cuales se adeuda algo más de CUATRO MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS, y que reconoce el Despacho como logro del FIDEICOMISO haber pagado algo cercano a los DOCE MIL MILLONES DE PESOS, no se pronunció sobre las TERCERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS hasta el momento.

Con la contabilidad aportada por el FIDEICOMISO, y no se necesita ser experto contable para llegar a conclusiones, se encuentra que el ACTIVO que comenzó únicamente con el LOTE DE TERRENO, en este momento tiene incorporado al PATRIMONIO AUTONOMO el 100% de las obras ejecutadas para conformar el CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA. Y entre ellas, LA ESTRUCTURA QUE CONSTRUYO ESTRUMETAL y del cual le adeudan algo más del 20% de esa obra.

Durante la motivación de la sentencia, en forma equivocada como se indicó anteriormente, el Juez insistió que el FIDEICOMISO SI ERA GARANTIA para el pago de los proveedores y contratistas de la obra. Y por eso ESTRUMETAL podría estar tranquila que SI LE PAGARIAN sus obligaciones cuando se procediera a realizar el acta de liquidación final.

A pesar de haber llegado a esa conclusión en la sentencia -que es errada, pero está consignada en el fallo- no analizó la pretensión tercera subsidiaria que buscaba precisamente ese punto. Que al ser el beneficiario real de la obra y estar el inmueble incorporado a su activo, se declarara que el FIDEICOMISO ES SOLIDARIO EN EL PAGO DE LAS OBLIGACIONES.

Esta pretensión no tiene nada que ver con la del ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. Se fundamenta en declaraciones que fueron demostradas en el proceso y que el Despacho negó igualmente como se analizará más adelante. Es concluir por parte de la Administración de Justicia qué si una obra tiene como real beneficiario a un tercero que se ha apropiado de ella en su patrimonio, ese tercero deba pagar por dicha obra. Y este hecho quedó demostrado en las siguientes pruebas:

A) Desde el mismo acto de constitución del fideicomiso por documento privado en donde se indica cual es el objeto del mismo.

B) En la escritura de transferencia del inmueble en donde se indica que el FIDEICOMISO se apropiará de las mejoras existentes sobre el inmueble, pero que NO responderá por ellas.

C) Por la confesión de la parte demandada y los testimonios que han declarado que las obras pertenecen al CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA que está concluido en un 100% y en operación comercial.

Por todo lo anterior, DECLARAR que el UNICO BENEFICIARIO de la OBRA CIVIL fue el FIDEICOMISO, pero además respaldado por el MANDATO que la FIDUCIARIA LE OTORGO a PROCAL y que vuelvo a citar:



**PARÁGRAFO:** La FIDUCIARIA, a través del presente contrato, le otorga al FIDEICOMITENTE un mandato sin representación, conforme a lo dispuesto por el artículo 1262 del Código de Comercio y Art. 29 del Decreto Reglamentario 3050 de 1997 y Art. 3 del Decreto Reglamentario 1514 de 1998 y las demás normas que los modifiquen, adicionen o deroguen. Por lo anterior, el FIDEICOMITENTE será, ante los terceros con quienes contrate, titulares de los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos que con ellos celebre.

Por lo tanto, la celebración de los contratos suscritos para el desarrollo del proyecto así como la realización de la compra de bienes y servicios, estará a cargo del FIDEICOMITENTE, quien tendrá la obligación de practicar al momento del pago o abono en cuenta, todas las retenciones sobre impuestos de Renta, Ventas, ICA y las demás establecidas por las normas fiscales vigentes, teniendo en cuenta para el efecto la calidad tributaria del FIDEICOMISO (Patrimonios autónomos administrados por Fiduciaria Davivienda Nit 830.053.700-6). Así mismo, cumplirán con todas las

obligaciones inherentes al agente retenedor (retener, declarar, pagar, certificar e informar medios magnéticos).

Así mismo, el FIDEICOMITENTE en calidad de mandatario expedirá mensualmente a Fiduciaria a más tardar el cuarto día hábil del mes siguiente, una certificación con el detalle de los costos y gastos por capítulo de obra de acuerdo con el formato definido por FIDUCIARIA, debidamente firmada por el representante legal y Revisor fiscal (para aquellos casos en que la entidad no este obligada a tener revisor fiscal, serán firmados por contador público), según las disposiciones legales vigentes sobre esta materia.

Y la pregunta es:

**¿PORQUÉ SI EXISTE UN MANDATO SIN REPRESENTACION Y PROCAL ACTUABA A NOMBRE DEL FIDEICOMISO, NO ES ADMISIBLE QUE SE DECLARE QUE COMO MANDANTE DE PROCAL ES SOLIDARIO EN EL PAGO DE LAS OBRAS CONTRATADAS POR EL MANDATARIO?**

Y la respuesta debe basarse en este silogismo:

- PROCAL recibe del FIDEICOMISO un MANDATO del FIDEICOMISO para celebrar contratos para el PROYECTO
- PROCAL contrata a ESTRUMETAL para ejecutar la OBRA de ESTRUCTURA DEL CENTRO COMERCIAL
- La obra ejecutada queda en el PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO, MANDANTE de PROCAL
- Por lo tanto, EL FIDEICOMISO debe responder por la obra ejecutada al ser BENEFICIARIO DE LA MISMA y por lo tanto obligado a pagar su costo.

Considero que este planteamiento de la ULTIMA DE LAS PRETENSIONES, que se basa en las DIEZ DECLARACIONES INICIALES -y que todos fueron probadas y demostradas en el proceso- por eso son procedentes.



## **CAPITULO XIII FINAL.**

### **LOS FUNDAMENTOS JURIDICOS EXPUESTOS EN LA DEMANDA DEBEN SER VALORADOS POR EL TRIBUNAL Y CONCLUIR QUE APLICAN AL CASO CONCRETO**

A continuación, reitero todos los FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA DEMANDA que deben ser valorados por el Tribunal porque sustentan todos los REPAROS CONCRETOS frente a la sentencia:

La demanda se estructuró sobre los siguientes pilares que son normas del CODIGO DEL COMERCIO Y CODIGO CIVIL e igualmente de la LEY 1258 DE 2008:

**CODIGO DE COMERCIO. ARTICULO 1238. <PERSECUCION DE BIENES OBJETO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO>.** *Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes.*

*El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.*

**CODIGO DE COMERCIO. ARTICULO 1240. <CAUSAS DE EXTINCION DEL NEGOCIO FIDUCIARIO>.** *Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes:*

- 1) *Por haberse realizado plenamente sus fines;*
- 2) *Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;*
- 3) *Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;*
- 4) *Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido;*
- 5) *Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;*
- 6) *Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;*
- 7) *Por disolución de la entidad fiduciaria;*
- 8) *Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;*
- 9) *Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;*
- 10) *por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y*
- 11) *Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.*

**CODIGO CIVIL. ARTICULO 2488. <PERSECUCION BIENES>.** *Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.*

**LEY 1258 DE 2008. ARTÍCULO 42. DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.** *Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.*

*La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.*

*La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.*

El Patrimonio del DEUDOR en su CONJUNTO es PRENDA GENERAL PARA LOS ACREEDORES. Por esa razón la legislación y jurisprudencia han consagrado reglas para garantizar que el DEUDOR no se insolvente de mala fe para causar perjuicio al acreedor.

Así lo ha recordado la SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en sentencia SC16669 de noviembre 18 de 2006 con ponencia del magistrado Ariel Salazar y sobre un tema de SIMULACION:



*«El tercero acreedor del enajenante simulado puede, por consiguiente, denunciar la simulación que produce afectación sobre su derecho de crédito, impugnando el acto de enajenación con el que su deudor ha fingido la disminución de su patrimonio, cuando en realidad no ha enajenado nada y los bienes objeto de ese contrato siguen siendo prenda de la acreencia.»*

*La impugnabilidad de ese acto de disposición patrimonial depende del principio general por cuya virtud el tercero puede invocar la simulación ajena cuando tal declaración le beneficie, en cuyo caso su interés se concreta en hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia. (...) de ahí que el fin último perseguido por éste es la reconstrucción del patrimonio de su deudor.»*

*«Luego, si el acreedor está legalmente facultado para perseguir todos los bienes que conforman el patrimonio de su deudor, entonces nada obsta para que pueda invocar la acción de simulación tendiente a rehacer ese patrimonio que constituye la prenda general de su crédito, en ejercicio de su derecho auxiliar de perseguir la satisfacción de la deuda.»*

*Con miras a lograr ese objetivo, según lo ha precisado la jurisprudencia desde hace considerable tiempo, le corresponde demostrar la existencia de la acreencia contraída a su favor y establecer que «el acto acusado lo perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes» (CSJ SC, 15 Feb. 1940, G.J., T. XLIX, p. 71, reiterado en CSJ SC, 1º Nov. 2013, Rad. 1994-26630-01), o «porque le imposibilite u obstaculice la satisfacción total o parcial de la obligación, o por la disminución o el desmejoramiento de los activos patrimoniales del deudor» (CSJ SC, 2 Ago. 2013, Rad. 2003-00168-01).»*

Esa legitimación extraordinaria de que goza el tercero frente a negocios jurídicos en los que no hizo parte, le permiten al acreedor demandar la simulación de un contrato para conseguir que los bienes sustraídos del patrimonio del deudor regresen a este y luego sí pretender la ejecución de los títulos valores que llegare a poseer. Sobre este tema la SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en sentencia del 21 de junio de 2005, expediente 7804 expuso:

*(...) Obvio que legítimo derecho asiste al acreedor de velar porque su crédito sea pagado; por lo que estará siempre atento a que el deudor tenga con qué hacerlo. Y sin pretender reanudar controversias que se antojan hoy superadas en torno al fundamento, contenido y alcance del modo como ejercerá ese poder de vigilancia, el caso es que tendrá puesta la mirada en el patrimonio del deudor, su única prenda general de garantía desde cuando, en una evidente humanización del Derecho, el sujeto obligado dejó de responder con su propia persona.*

*Cierto que no podrá exigir, ni entender que a ello se compromete un deudor, una administración exitosa o próspera de sus negocios; tampoco podrá restringir su libertad contractual para obrar conforme a sus designios. Pero, eso sí, le cabrá interés en que esa administración sea cuando menos diligente y leal.*

*De modo de pensar que cuando así no se conduce el deudor, dispone el acreedor de herramientas varias para proteger su crédito y evitar que se hunda en lo ilusorio. Así, cuando lo que sucede es que su deudor, el mismo que tiene el deber jurídico y moral de satisfacer el crédito, en la celebración de sus negocios produce o agrava desviadamente su insolvencia, de tal suerte que haga imposible o más gravoso el cobro del acreedor (fraus creditorum), tiene éste la potestad de pedir que se deshagan negocios tales, precisamente porque experimenta que su acción de cobro ha sido debilitada.*

*Dispone en tal caso el acreedor de la denominada acción pauliana. Su deudor, acá por acción, y no por pasividad u omisión como acontece en otros campos, verbi gratia, el de la acción subrogatoria, es merecedor de reproche, y lugar hay entonces para que el acreedor intente remediar la situación, trayendo de nuevo al patrimonio insuficiente de aquél lo que sagazmente había sacado.*

Sobre este particular, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA en su CIRCULAR EXTERNA JURIDICA 046 DE SEPTIEMBRE DE 2008 expresó lo siguiente:

#### **4. ALCANCE DEL ARTÍCULO 1238 DEL CÓDIGO DEL COMERCIO.**

*En relación con las facultades que le asisten a los acreedores del fideicomitente, anteriores a la celebración de un contrato de fiducia mercantil, de perseguir los bienes fideicomitados en los términos del artículo 1238 del C.Co., es pertinente hacer las siguientes precisiones:*



#### 4.1. Aspectos sustanciales:

4.1.1. Los bienes fideicomitidos podrán ser perseguidos en cabeza del fiduciario por los acreedores del fideicomitente, empleando para ello la vía ejecutiva siempre que se trate de obligaciones adquiridas con anterioridad a la constitución de la fiducia. De igual forma es viable la acción pauliana cuando el negocio fiduciario se haya celebrado en perjuicio de los acreedores y medie mala fe de las partes, a lo cual hace referencia el inciso 2o. del artículo 1238 del C de Co.

4.1.2. Desde el punto de vista estrictamente sustancial y atendiendo a su tenor literal, el artículo 1238 del Código de Comercio sólo tiene sentido en la medida en que se refiera a los contratos de fiducia mercantil definidos en el artículo 1226 *ibídem*.

Partiendo de este hecho, debemos recordar cómo a los contratos de fiducia mercantil -por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio- les resultan aplicables “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación modo de extinguirse anularse o rescindirse (...), a menos que la ley establezca otra cosa.

Una de las normas propias del derecho civil de las obligaciones que por la mencionada remisión expresa que hace el artículo 822 del Código de Comercio resulta aplicable tratándose de contratos de fiducia mercantil, es el artículo 1602 del Código Civil.

Siendo ello así, no queda entonces duda que tratándose de contratos de fiducia mercantil, el inciso 1o. del artículo 1238 consagra una “causa legal” para deshacer sus efectos, tanto más aún si se tiene en cuenta la disposición contenida en el numeral 8o. del artículo 1240 *ibídem* que prevé como una de las causales de extinción del negocio fiduciario la “acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario”.

Con todo, para abundar las razones que contribuyan a reforzar aún más la anterior conclusión, debe tenerse en cuenta que el deudor deberá pagar a sus acreedores oportunamente sus obligaciones y, para tal efecto, compromete su patrimonio, al establecer el artículo 2488 del Código Civil que todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, presentes o futuros, a excepción de los inembargables, queden afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél.

Empero, el deudor puede asumir respecto de sus acreedores una conducta que en lugar de mantener o acrecentar su patrimonio, lo que produce es un desequilibrio entre el activo y el pasivo del mismo, al disponer de sus bienes debilitando su patrimonio y ocasionando o agravando en esta forma su estado de insolvencia.

En ese orden de ideas, es necesario evaluar las consecuencias de la conducta del deudor cuando el medio utilizado para disponer de sus bienes es la celebración de un contrato de fiducia mercantil.

Al respecto, debe analizarse previamente la estructura técnica del contrato de fiducia mercantil a la luz de lo dispuesto en los artículos 1226 y 1233 del Código de Comercio. De tales disposiciones se desprende sin dificultad que el conjunto de bienes fideicomitidos sale real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente y del Fiduciario ( art 1227C Co). Es decir constituye un patrimonio autónomo especialmente afecto al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo.

4.1.3. El artículo 1238 citado señala que los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración podrán “perseguir” los bienes objeto del mismo, por tal razón, debe aclararse cuál es el sentido de la expresión “perseguir” a efectos de establecer el verdadero alcance del derecho que le asiste a tales acreedores.

El numeral 8o. del artículo 1240 ya citado, ilustra el contenido y alcance del inciso 1o. del artículo 1238 *ibídem*, toda vez que es evidente que tanto en una como en otra hipótesis normativa estamos en presencia de acciones de carácter personal que sólo corresponde a aquellos acreedores anteriores a la celebración del negocio fiduciario traslativo y que, de suyo, presuponen un proceso de reintegración del patrimonio del deudor-fideicomitente frente a tales acreedores.

En idéntico sentido, se trata de acciones que miran al perjuicio de los acreedores del deudor-fideicomitente derivado de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, sin que para su ejercicio sea menester entrar a considerar circunstancias tales como el deseo de causar daño o la



*intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores o, en fin, la mala fe que son requisitos indispensables para que se dé el fraude pauliano.*

*Lo dicho, sin embargo, no equivale a significar que en el caso que se analiza nos encontramos en presencia de una acción que puedan ejercitarla los acreedores del deudor-fideicomitente de un modo irrestricto e ilimitado, toda vez que ella -como se expresó- se halla circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio a los acreedores derivado del hecho de disminuir o suprimir bienes del patrimonio que ocasionan o agravan su estado de insolvencia.*

*Finalmente, para el ejercicio válido de ese “derecho de persecución de los bienes fideicomitados” de que trata el inciso 1o. del artículo 1238, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se decrete la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, precisamente, ese “derecho de persecución” -que tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil- tiene por finalidad permitirle a tales acreedores la satisfacción de sus créditos, la cual sólo se logra mediante la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente.*

*Solución contraria a la antes expuesta iría en contravía del principio de contradicción de las actuaciones judiciales y, por ende, conduciría al error jurídico de desconocer el contenido y alcance del artículo 1602 del Código Civil.*

**4.2. Aspectos procesales:** *No obstante que nuestro ordenamiento jurídico regula la situación en que se encuentran los acreedores frente a su deudor que ha disminuido o suprimido bienes de su patrimonio que ocasionan o agravan su estado de insolvencia, de suerte que éste resulta insuficiente para atender sus obligaciones, lo cierto es que las soluciones que frente a tales hipótesis suelen darse por aquél tienen carácter excepcional.*

*Y no podría ser de otra manera, toda vez que en las mencionadas hipótesis nos encontramos frente a un caso en el cual se trata de deshacer un negocio jurídico válidamente celebrado.*

*Precisamente dentro de los anteriores supuestos fácticos se enmarca el derecho que, en los términos del inciso 1o. del artículo 1238 del Código de Comercio, le asiste a los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración de un contrato de fiducia mercantil de perseguir los bienes fideicomitados que conforman el respectivo patrimonio autónomo; derecho cuyo ejercicio implica, a no dudarlo, la posibilidad de que se declare su extinción con fundamento en lo dispuesto en el ya citado numeral 8o. del artículo 1240 del Código de Comercio.*

*Dicha pretensión, en tanto se endereza a procurar la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente debe seguir los trámites propios de un proceso ordinario, independientemente del título que documenta la respectiva obligación y de que éste preste o no mérito ejecutivo.*

*En materia de fiducia mercantil los bienes fideicomitados salen definitivamente del patrimonio del fideicomitente y se destinan al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, conformando un verdadero “patrimonio de afectación” que el citado artículo 1233 del Código de Comercio califica como “patrimonio autónomo”, sobre el que pierde potestad dicho fideicomitente, pero que tampoco forma parte del patrimonio del fiduciario.*

*Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, él se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como demandante o demandado a través de su titular -el fiduciario-.*

*Bajo la anterior perspectiva, los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil tienen el carácter de terceros en relación con el patrimonio autónomo, máxime si se atiende al hecho de que frente a tales acreedores el patrimonio autónomo no ostenta la calidad de deudor.*

*En consecuencia, se estima que para el correcto ejercicio de la acción de que trata el inciso 1o. del artículo 1238 del Código de Comercio y el buen éxito de la misma se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:*

**4.2.1.** *En primer lugar, le corresponde a los acreedores -siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba- demostrar los elementos de los cuales deriva su legitimación en la causa para*



*actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta.*

*Al respecto, es necesario poner de presente que no por el hecho de tratarse de un acreedor anterior a la celebración del contrato de fiducia mercantil está legitimado per se para ejercer la acción de persecución de los bienes fideicomitidos, toda vez que si la obligación, vb.gr., está sometida a condición suspensiva, sólo tendrá facultad para solicitar medidas conservativas en los términos del artículo 1549 del Código Civil.*

*4.2.2. En segundo lugar, corresponde al actor acreditar que el contrato de fiducia mercantil celebrado por el deudor, propició o aumentó su estado de insolvencia, y, por ende, le produjo un perjuicio consistente en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos.*

*En tal virtud, no es cualquier acreedor el que tiene derecho para ejercitar la acción que se comenta, toda vez que para que ésta prospere, el interés jurídico debe ser actual, esto es, debe tratarse de un interés protegido por la ley que resulta burlado o desconocido por la conducta del deudor.*

*En el anterior orden de ideas, si con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil no se produjo un desequilibrio en el patrimonio del deudor-fideicomitente que le impida satisfacer las obligaciones contraídas con anterioridad a dicha celebración, la acción de persecución no está llamada a prosperar, pues es claro que no se configuraría un “eventus damni” sin el cual no habría interés jurídico para incoar la acción.*

*Si, no obstante lo anterior, se admitiera una demanda presentada sin que mediase ese interés jurídico al que nos hemos venido refiriendo, el deudor fideicomitente -a nuestro juicio- puede defenderse con éxito alegando y probando que posee bienes suficientes para satisfacer la obligación que contrajo con el acreedor demandante, esto es, proponiendo la excepción que la doctrina francesa denomina de “discusión de bienes”, medio exceptivo que también puede -o debe proponer- la sociedad fiduciaria en cumplimiento del deber que le impone el numeral 4o. del artículo 1234 del Código de Comercio de “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.*

*4.2.3. Finalmente, desde el punto de vista pasivo, la acción de persecución de los bienes fideicomitidos por parte de los acreedores anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil debe dirigirse contra el deudor fideicomitente y contra la sociedad fiduciaria como titular del patrimonio autónomo y, en su caso, también contra el beneficiario.*

**4.3. Efectos de la declaratoria judicial de extinción del negocio fiduciario frente a las obligaciones contraídas por el patrimonio autónomo.** *Decretada la extinción del negocio fiduciario con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8o. del artículo 1240 del Código de Comercio y para los efectos previstos en el artículo 1238 ibídem, debe aclararse qué sucede con las obligaciones que, como titular y vocera del patrimonio autónomo, contrajo la sociedad fiduciaria en orden al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo.*

*Al efecto, se debe partir de la consideración según la cual, siendo el contrato un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones y teniendo en cuenta que tales obligaciones no pueden desaparecer sino por el mutuo consentimiento de las partes contratantes o por causas legales (art. 1602 Código Civil), es evidente que ocurrida la terminación del contrato cesan o terminan, igualmente, las obligaciones nacidas del mismo y, en este orden de ideas, es necesario proceder a su liquidación.*

*A este respecto, el numeral 7o. del artículo 1234 del Código de Comercio señala dentro de los deberes indelegables del fiduciario el de, “(...) transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario (...)”*

*En concordancia con la anterior disposición legal, el artículo 1242 ibídem prevé que, “(...) salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos (...)”.*

*En conclusión, ocurrida la terminación del negocio fiduciario lo único que subsiste de la relación fiduciaria es el cumplimiento de una obligación que ya nada tiene que ver con el desarrollo del mismo, como es la relativa a la restitución de los bienes fideicomitidos, previa la rendición y*



liquidación comprobada de cuentas de la gestión fiduciaria que constituye el efecto natural y obvio de dicha terminación.

Obviamente, dicha rendición y liquidación de cuentas, como paso previo a la restitución de los bienes fideicomitidos, presupone para el fiduciario el deber de cancelar anticipadamente a tal restitución las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato y, en el evento de existir obligaciones contingentes, el deber de efectuar las provisiones necesarias para atender a su eventual cancelación; entendiéndose que el remanente es el que es objeto de restitución. De esta forma se da cabal cumplimiento al precepto contenido en el artículo 1227 del Código de Comercio.

En providencia de AGOSTO 20 DE 2014 con ponencia de la Magistrada MARGARITA CABELLO BLANCO y en proceso con radicación 05-26631030012004-00307-01, se pronunció sobre el tema de LOS BIENES DEL DEUDOR COMO PRENDA GENERAL DE LOS ACREEDORES y las acciones que tiene el acreedor para restablecer el patrimonio del deudor:

2.- Con relación a la acción de simulación, cuya naturaleza jurídica es de prevalencia, no ha sido pacífico elucidar quiénes tienen interés para su ejercicio, debido a que un contrato no puede quedar expuesto a que cualquier persona que simplemente conozca de su existencia, pueda, cuando a bien lo tenga, asistirle interés para que refulja la verdad...

Y de otra, que ostentara “ese carácter cuando se verificó el acto que tacha de simulado”, pues al “tenor del artículo 2488 del Código Civil, los bienes en general del deudor, presentes o futuros, son prenda, o mejor garantía genérica del acreedor. Estos bienes, por lo tanto, garantizan y respaldan los créditos del deudor, de modo que si no existe ningún crédito, no puede existir la garantía genérica. Si no existe un acreedor, en el momento en que el deudor ejecute un acto fraudulento, doloso o simulado, es claro que no puede existir ni concilium fraudis ni eventos damni, para los casos de la acción pauliana, ni perjuicio, para los casos de simulación, por lo mismo que falta el factor, que sería el acreedor, que pudiera ser víctima de ese concilium o de ese perjuicio.

“La relación jurídica entre acreedor y deudor debe por lo tanto existir cuando tiene nacimiento el acto doloso, o simulado y, la acción del acreedor puede retrotraerse, sólo respecto de los actos dolosos o simulados, pero no de la relación jurídica o sea de la mera existencia del crédito”.

El anterior precedente fue reiterado el 3 de marzo de 1956 (LXXXII-229), inclusive citado recientemente, apoyando la tesis según la cual, en esos términos, los “acreedores están legitimados para iniciar este tipo de acciones cuando su deudor con la apariencia de un acto simulado, altera su patrimonio en desmedro de la garantía general de sus obligaciones”<sup>3</sup>.

En ese orden, surge claro que quien blande el título de acreedor, no cuenta con libertad absoluta para ejercitar la acción de simulación, porque en coherencia con la jurisprudencia, para el efecto se requiere, además, que esa calidad sea anterior o concomitante al contrato impugnado, pues es apenas natural entender que la prenda general de la garantía del deudor se debe tomar en el estado en que se encuentra.

Desde luego, si el artículo 2488 del Código Civil, prescribe que “[t]oda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros”, esto supone una obligación preexistente al negocio jurídico que se controvierte, por cuanto el patrimonio de una persona, al momento de obligarse, es el que al fin de cuentas determina la seguridad del acreedor.

Si bien la Corte, en el último fallo citado, reiteró que para que “en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio”, esto no significa de manera alguna aceptar que el crédito aducido puede ser posterior al acto o contrato acusado de simulado, porque si la prenda general de garantía, en boca del propio legislador, se integra con los “bienes...del deudor, sean presentes o futuros”, esa actualidad o futuridad, por sí, comporta su correlativo, como es una anterioridad, referida ésta obviamente a la relación jurídica de donde dimana el interés.

<sup>3</sup> Sentencia de 14 de octubre de 2010, expediente 00855.  
Carrera 3 No. 6-83  
Cuarto Piso  
Edificio La Merced  
Santiago de Cali



*En otras palabras, el crédito del demandante de la simulación, así no esté documentado o declarado judicialmente, necesariamente debe preceder al acto o contrato simulado, puesto que se instituye como un requisito para hablar de la garantía. Sin el crédito, de nada sirve la preexistencia, inclusive potencial, de bienes en poder del deudor; por lo mismo, la vida de la prenda general del deudor, se supedita a la existencia de la obligación, al punto que ésta es la que, por lo general, conduce, en detrimento del acreedor, a la simulación.*

*Si el crédito no ha nacido ni existe al momento del acto fingido, es apenas lógico que no se puede hablar de un perjuicio serio, cierto y actual. El acreedor posterior del negocio simulado, por lo tanto, no puede, escudriñar en el pasado de quien para entonces no era su deudor, de ahí que en protección del principio de seguridad jurídica, la prenda general de garantía, debe recibirla como se encuentra, en el entendido que la conoce y asume sus consecuencias, circunscrita, como ha quedado dicho, a los bienes presentes y futuros. Por esto, como tiene sentado la Corte, "el soporte legal de la acción [de simulación] se halla en los artículos 2488 y 1766"<sup>4</sup>, que no exclusivamente en este último.*

*El soporte esbozado en este proveído en función de la legitimidad que se comenta, es reflejo de la constante y reiterada posición de la Corte alrededor del tema en la última centuria; conceptualización que no, necesariamente, proviene de la fusión de los elementos que estructuran la acción pauliana, la revocatoria o la simulación, pues, sin duda, a esta última no siempre la preceden actos matizados de un evidente propósito dañino o doloso, tampoco son uniformes los motivos que determinan el proceder de los contratantes alrededor del acto aparente.*

*A su turno, la exigencia de un crédito preexistente al acto tildado de ficticio, como requisito para validar la acción pertinente (simulación) por parte del acreedor, no es más que la inteligencia encontrada en el artículo 2488 del Código Civil, en cuanto que la garantía con la que se resguarda el derecho que surge de un crédito personal frente al obligado, la constituyen los bienes del deudor 'presentes o futuros' y, en esa dirección, la potestad de escudriñar el patrimonio de este último por parte de aquel, se reduce, precisamente, a la fortuna actual o que, en el futuro, pueda ingresar a conformar sus haberes. La prerrogativa que engendra la disposición señalada en precedencia, involucra un referente temporal que la propia regla jurídica incorpora y, así, reiterada y constantemente lo ha plasmado la Corte.*

Las normas que regulan el tema de las ACCIONES ESPECIALES DE LOS ACREEDORES frente a los NEGOCIOS FIDUCIARIOS están consagradas especialmente en los artículos 1238 y 1240 del CODIGO DE COMERCIO. Sobre este particular ha expresado lo siguiente la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA (antes SUPERINTENDENCIA BANCARIA):

**Los acreedores del fiduciante deben adelantar previamente un proceso ordinario.** "Tratándose de contratos de fiducia mercantil, el inciso 1° del artículo 1238 consagra una "causa legal" para deshacer sus efectos, tanto más aún si se tiene en cuenta la disposición contenida en el numeral 8° del artículo 1240 ibídem que prevé como una de las causales de extinción del negocio fiduciario la "acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario" (...).

*El artículo 1238 citado señala que los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración podrán "perseguir" los bienes objeto del mismo, por tal razón, debe aclararse cuál es el sentido de la expresión "perseguir" a efectos de establecer el verdadero alcance del derecho que le asiste a tales acreedores.*

*El numeral 8° del artículo 1240 ilustra el contenido y alcance del inciso 1° del artículo 1238 ibídem, toda vez que es evidente que tanto en una como en otra hipótesis normativa estamos en presencia de acciones de carácter personal que sólo corresponde a aquellos acreedores anteriores a la celebración del negocio fiduciario traslativo y que, de suyo, presuponen un proceso de reintegración del patrimonio del deudor-fideicomitente frente a tales acreedores.*

*En idéntico sentido, se trata de acciones que miran al perjuicio de los acreedores del deudor-fideicomitente derivado de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, sin que para su ejercicio sea menester entrar a considerar circunstancias tales como el deseo de causar daño o la*

<sup>4</sup> Sentencia de 10 de junio de 1992, CCXVI-540, primer semestre.  
Carrera 3 No. 6-83  
Cuarto Piso  
Edificio La Merced  
Santiago de Cali



*intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores o, en fin, la mala fe que son requisitos indispensables para que se dé el fraude pauliano.*

*Lo dicho, sin embargo, no equivale a significar que en el caso que se analiza nos encontramos en presencia de una acción que puedan ejercitarla los acreedores del deudor-fideicomitente de un modo irrestricto e ilimitado) toda vez que ella - como se expresó - se halla circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio a los acreedores derivado del hecho de disminuir o suprimir bienes del patrimonio que ocasionan o agravan su estado de insolvencia.*

*Finalmente, para el ejercicio válido de ese “derecho de persecución de los bienes fideicomitados” de que trata el inciso 1° del artículo 1238, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se decrete la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, precisamente, ese “derecho de persecución” - que tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil - tiene por finalidad permitirle a tales acreedores la satisfacción de sus créditos, la cual sólo se logra mediante la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente (...).*

*Dicha pretensión, en tanto se endereza a procurar la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente debe seguir los trámites propios de un proceso ordinario, independientemente del título que documenta la respectiva obligación y de que éste preste o no mérito ejecutivo, En materia de fiducia mercantil los bienes fideicomitados salen definitivamente del patrimonio del fideicomitente y se destinan al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, conformando un verdadero 'patrimonio de afectación' que el citado artículo 1233 del Código de Comercio califica como “patrimonio autónomo”, sobre el que pierde potestad dicho fideicomitente, pero que tampoco forma parte del patrimonio del fiduciario.*

*Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, él se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como demandante o demandado a través de su titular -el fiduciario- “. (Superbancaria, Circ. Básica Jurídica, título V, págs. 4 y 5, divulgada mediante Circ. Externa 007, ene. 19/96).*

Concepto que reiteró posteriormente en este punto la SUPERINTENDENCIA:

***Acción de persecución de los bienes fideicomitados.*** *"Para el correcto ejercicio de la acción de que trata el inciso 1° del artículo 1238 del Código de Comercio y el buen éxito de la misma se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:*

*En primer lugar, le corresponde a los acreedores -siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba- demostrar los elementos de los cuales deriva su legitimación en la causa para actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta.*

*Al respecto, es necesario poner de presente que no por el hecho de tratarse de un acreedor anterior a la celebración del contrato de fiducia mercantil está legitimado para ejercer la acción de persecución de los bienes fideicomitados, toda vez que si la obligación, vb.gr, está sometida a condición suspensiva, sólo tendrá facultad para solicitar medidas conservativas en los términos del artículo 1549 del Código Civil.*

*En segundo lugar, corresponde al actor acreditar que el contrato de fiducia mercantil celebrado por el deudor, propició o aumentó su estado de insolvencia, y, por ende, le produjo un perjuicio consistente en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos (...).*

*En el anterior orden de ideas, si con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil no se produjo un desequilibrio en el patrimonio del deudor-fideicomitente que le impida satisfacer las obligaciones contraídas con anterioridad a dicha celebración, la acción de persecución no está llamada a prosperar, pues es claro que no se configuraría un eventus damni sin el cual no habría interés jurídico para incoar la acción.*

*Sí, no obstante lo anterior, se admitiera una demanda presentada sin que mediase ese interés jurídico al que nos hemos venido refiriendo, el deudor fideicomitente -a nuestro juicio- puede defenderse con éxito alegando y probando que posee bienes suficientes para satisfacer la obligación que contrajo con el acreedor demandante, esto es, proponiendo la excepción que la doctrina*



francesa denomina de "discusión de bienes", medio exceptivo que también puede -o debe proponer- la sociedad fiduciaria en cumplimiento del deber que le impone el numeral 4° del artículo 1234 del Código de Comercio de "llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente".

Finalmente, desde el punto de vista pasivo, la acción de persecución de los bienes fideicomitados por parte de los acreedores anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil debe dirigirse contra el deudor fideicomitente y contra la sociedad fiduciaria como titular del patrimonio autónomo y, en su caso, también contra el beneficiario". (Superbancaria, Circ. Básica Jurídica, título V, págs. 5 Y 6, divulgada mediante Circ. Externa 007, ene. 19/96).

Sobre los alcances de esta acción en reciente providencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL con ponencia de la Magistrada MARGARITA CABELLO BLANCO de 7 de diciembre de 2017 y con radicación No. 11001-31-03-012-1998-04834-01 se precisó lo siguiente:

*B. Esa intromisión de quien no es parte en la fiducia está permitida<sup>5</sup>. En el caso del acreedor del fiduciante, cuando dispone de un crédito insoluto y anterior a la constitución de la fiducia, evento en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1238<sup>6</sup> de ese estatuto mercantil, puede perseguir el bien fideicomitado e impugnar el negocio fiduciario, del que no es parte y por ende es un tercero.*

1. *En la primera situación, esto es, si opta por perseguir el bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha exigido que este acreedor demuestre un interés actual y serio, traducido en el perjuicio que le acarrea la constitución del patrimonio autónomo, y que en esta causa litigiosa se patentiza en el hecho de que para poder darle cumplimiento al contrato de compraventa prometido, en el patrimonio del constituyente y promitente vendedor debe aparecer el bien antes fideicomitado por él a efectos de que pueda efectuar su tradición. En esa medida, resulta claro que el Tribunal en efecto incurrió en el segundo error probatorio denunciado en el cargo, porque no por contar Gonzalo Mejía con más bienes, puede el acreedor y demandante satisfacer cabalmente su crédito (que se celebre el contrato de compraventa), pues está ligado inescindiblemente al bien fideicomitado, desde luego que sin ese inmueble, queda vacía de contenido la compraventa en uno de sus elementos esenciales: la cosa vendida.*

*Si como consecuencia de la prosperidad de esa acción la fiducia pierde el único bien sobre que recae su objeto, es comprensible que pueda haber lugar a la declaratoria de su extinción. Es lo que precisó la Corporación cuando dijo:*

*"Para la Sala es claro que la inteligencia del inciso primero del artículo 1238 del Código Comercio, involucra, de manera general, una típica acción auxiliar de los acreedores del fideicomitente, mas no en particular la pauliana, ni aquellas que objetivamente han sido enlistadas a propósito de los procesos concursales, como las que tratan ciertas normas (leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006), pero sí de jerarquía suficiente para intervenir en el contrato de fiducia, con miras a viabilizar la persecución de los bienes fideicomitados e,*

<sup>5</sup> Sobre el particular léase lo que la Corte dijo recientemente, ratificando su postura SC16669-2016, rad. n° 11001-31-03-027-2005-00668-

*01: En materia contractual, no puede afirmarse que el asunto de la legitimación ad causam está regido por la aplicación con carácter absoluto del principio de relatividad de los contratos, cuya esencia se consigna en el conocido aforismo romano «res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest»; de hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que «en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01), de modo que su incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional, alcanza y afecta patrimonialmente a sujetos diferentes de los contratantes.*

*No son ellos los terceros absolutos o penitus extranei, que son totalmente extraños al contrato y no guardan nexo alguno con las partes, por lo que aquel ni les perjudica ni les aprovecha, sino los terceros relativos, de quienes se predica una vinculación jurídica con los contratantes por cuanto ese pacto les irradia derechos y obligaciones, categoría dentro de la cual se encuentra el acreedor, toda vez que el patrimonio de su deudor constituye prenda general de garantía, de ahí que puede solicitar la declaración de certeza aparejada a la acción a fin de que se revele la realidad del negocio jurídico celebrado o que no existió ninguno.*

<sup>6</sup> Dice el precepto: "Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.



*inclusive, eventualmente, según las circunstancias del caso, a obtener su terminación. Por ejemplo, cuando se persigue el único bien que constituye el fideicomiso o, aunque no lo sea, resulta crucial para el logro del cometido del citado contrato” (SC del 25 de enero de 2010, rad. 11001 3103 031 1999 01041 01).*

*En ese sentido, es asimismo atinada la crítica del casacionista al endilgarle al Tribunal el error juris in judicando por sostener que el precepto 1238 no conduce a la extinción del contrato de fiducia (f. 47, c. 37), precisión doctrinaria que debe rectificarse. Dicho de otro modo, en este caso, el Tribunal confirmó la sentencia del juzgado, denegatoria de las pretensiones principales y subsidiarias; la demanda de casación se circunscribe a controvertir la decisión adversa sobre las pretensiones subsidiarias, referidas a que se declare que el bien dado en fiducia es objeto de promesa y que en consecuencia se decreta la extinción de la fiducia, aspecto este sobre el cual el juzgador de segundo grado reprocha del juez de primera instancia haber afirmado que el artículo 1238 del Código de Comercio no comporta una extinción de la fiducia. La Corte, como se vio, ha dicho lo contrario, por lo que esta -una cuestión directamente relacionada con las pretensiones subsidiarias- la controvierte el cargo mediante argumentos estrictamente jurídicos para derribar esa afirmación del Tribunal, embate procedente que amerita que se rectifique al sentenciador, sin que por ello se case la sentencia, según se verá.*

2. Y en la segunda circunstancia, concerniente a la impugnación de la fiducia, ese tercero –el acreedor también lo es- deberá demostrar que el negocio fiduciario se hizo en fraude de sus intereses, opción que en este proceso no se ventiló, el casacionista no lo aborda y por consiguiente la Corte no tiene por qué entrar en ello.

*Como tampoco se contentió en esta causa la acción prevista en el segundo segmento del artículo 1238, tocante a la persecución de los derechos si el deudor es beneficiario en el fideicomiso. En esa medida, es intrascendente el error jurídico cometido por el Tribunal, que el censor denuncia, atinente a circunscribir la acción del acreedor del fideicomitente beneficiario a tan sólo acudir a los derechos de este en la fiducia, desde luego que si además ostenta la condición de fideicomitente que dio el inmueble puede perseguirlo e impugnar el contrato, según lo dicho.*

*Por consiguiente, deteniéndose la Sala en el primer segmento del canon mencionado, debe recalcar, con la jurisprudencia actual, que a la condición de acreedor del fiduciante con un crédito insoluto y anterior a la fiducia, debe además demostrar el demandante ese interés serio y actual a que se aludió y que la Corte explica así:*

*[E] espíritu de la acción auxiliar prevista en el artículo 1238 inciso 1º no es, exclusivamente, la recomposición del patrimonio del deudor a partir de la presencia del consilium fraudis y el eventus damni, sino, en esencia, establecer un mecanismo que materialice la garantía de que los bienes del deudor son, efectivamente, la prenda general de los acreedores y que aquél no puede valerse del pacto fiduciario en detrimento de estos; y, en esa dirección, considera la Sala que la norma memorada contempla una acción encaminada a recomponer el patrimonio del deudor, pero desprovista del fraude, que se estructura por la sola circunstancia de causarse un detrimento al acreedor o presentarse el acto reprochado con la jerarquía suficiente para generarlo (eventus damni), connotando, de manera nítida, una acción eminentemente objetiva. En ese contexto debe entenderse el contenido de la regla jurídica comentada. De suyo, emerge, entonces, que al acreedor le corresponde, inomisiblemente, asumir el compromiso de demostrar que del convenio llevado a efecto por el deudor le deriva un perjuicio; allí, sin duda, anida la validez de su proceder, esto es, en la acreditación de un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo. Es evidente que extinguir un negocio jurídico por el sólo hecho de aniquilarlo, comportaría una odiosa e injustificable prerrogativa, así como una afrenta a la seguridad jurídica, a los derechos de las partes, de los terceros y, en fin, de la dinámica social y comercial.*

*La facultad del acreedor no está determinada única y exclusivamente por el hecho de la preexistencia del crédito; su conducta persecutora ha de estar anclada, se insiste, en el interés por evitar la vulneración de sus derechos a raíz de la negociación celebrada por el deudor; es claro que las acciones de carácter judicial y el presente asunto no es la excepción, están instituidas como un mecanismo sucedáneo del actuar espontáneo de las personas frente a sus compromisos u obligaciones. Por ello, acudir a una u otra herramienta procesal es una opción que opera luego de evidenciarse que el llamado a satisfacer la prestación debida, no se aviene, voluntariamente, a tal objetivo o que ha desplegado actos que afectan seriamente la acreencia. Demostrada tal circunstancia, nace como opción*



válida, la de perseguir, con éxito, algunos bienes fideicomitidos. (SC del 25 de enero de 2010, rad. 11001 3103 031 1999 01041 01).

*Se agrega ahora que el precepto comentado, es decir, el establecido en el epígrafe del artículo 1238 del C. de Co., no puede literalmente aplicarse sin más, pues perdería toda la valía que representa la configuración del patrimonio autónomo para el cumplimiento del encargo. Es que con la constitución de la fiducia, en los términos establecidos en el Código de Comercio, persigue el Derecho que el fiduciante pueda lícitamente destinar un bien o conjunto de bienes, que ya no serán parte de su patrimonio, al cumplimiento de un encargo asimismo lícito por parte de la sociedad fiduciaria, a cuyo patrimonio tampoco entran ellos y por ende no forman parte de la prenda general de sus acreedores y por tal motivo debe mantenerlos separados del resto de sus activos y de otros fideicomisos. Ese patrimonio autónomo, si bien no es un sujeto de derechos y obligaciones, en la práctica conforma una universalidad jurídica cuya vocera, la sociedad fiduciaria, tiene su personería para defender los derechos y obligaciones asignados al mismo.*

*De modo que la incursión de un tercero relativo en un negocio jurídico con estas connotaciones no se puede amparar únicamente por la circunstancia escuetamente establecida en la norma que se comenta, esto es, la de ser un acreedor anterior a la constitución del negocio fiduciario, desde luego que no obstante advertir la Corte que no es dable desatender el tenor literal de una norma so pretexto de consultar su espíritu, pues así lo manda el artículo 27 del Código Civil (interpretación literal), también debe resaltar que reglas de hermenéutica hay que permiten al intérprete, frente a normas incoherentes en el contexto en que están llamadas a actuar, proceder a un análisis que tenga en cuenta el objetivo y valores que persigue y su inserción como subregla en la institución o figura jurídica en la que se aplica. Análisis sistemático que busca morigerar la contradicción, pues, según el 30 del Código Civil “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. Y en efecto esta contradicción se revela si, de una parte, se tiene presente que el legislador busca y protege la constitución de un patrimonio autónomo, establece que el contrato es ley para las partes y solo causas legales o su mutuo disenso lo pueden privar de efectos y, parejamente, de conformidad con la interpretación literal del artículo 1238, admite que un tercero absoluto con tan sólo ostentar la calidad de acreedor pueda echar abajo esa universalidad jurídica dimanante de un contrato eficaz.*

*La interpretación textual del precepto en comentario, a partir de su mera lectura, produciría en no pocos casos una grave iniquidad si se permitiese que el acreedor anterior de un constituyente fiduciario persiguiese, no los bienes que eventualmente puede continuar teniendo este, sino los que fueron objeto de la fiducia, con lo cual, para enderezar el entuerto, habría que acudir a otros expedientes para neutralizar el exceso que a simple vista se aprecia, tales como el abuso del derecho, o la posibilidad de que entre a defender la sociedad fiduciaria el patrimonio con la denuncia de bienes del deudor constituyente, distintos a los que dio en fiducia.*

*Ahora bien, si el crédito perseguido por el tercero recae en un cuerpo cierto que después fue objeto de dación a título de fiducia, no hay duda de que el derecho de persecución en cabeza del acreedor ostenta por esa sola circunstancia un carácter serio, legítimo y actual que le permite incoar la acción declarativa en procura de reconstituir el patrimonio del constituyente con el bien que enajenó, protegiéndose en todo caso a los terceros de buena fe exenta de culpa.*

*Sea que el demandante haya activado la prerrogativa que tiene como acreedor anterior a la constitución del negocio fiduciario de perseguir el bien fideicomitado, o que haya optado por obtener la declaración de su extinción para buscar que el bien retorne al patrimonio de su deudor, lo cierto es que el denominador común en ambos casos es el de la calidad de acreedor que debe ostentar. Si lo que pretende es la declaración de extinción del negocio fiduciario o en general una previa declaración, v. gr., de que tiene derecho a perseguir el bien, no hay duda de que la categoría de acreedor debe ser “cierta e indiscutida”<sup>7</sup>, a semejanza de como lo ha proclamado la jurisprudencia en tratándose de la legitimación del titular de un crédito que ejercita la acción pauliana, pues a fin de cuentas es un tercero que entra a controvertir un negocio particular por un interés que si bien lo reconoce la ley, ha de tener cauces delimitados.*

*De suerte que, más allá de la refrendación de los errores jurídicos y probatorios que la censura incluye en el cargo que se examina, y que en verdad se hallan demostrados, de situarse la Corte en sede de instancia, debería esclarecer esa calidad, la de acreedor cierto e indiscutido, sin la*

<sup>7</sup> “la acción revocatoria requiere de la existencia de un crédito, con las características de cierto e indiscutido” (SC 173-2004 del 26 de octubre de 2004, rad. C-5283831030001999-0065-01)



*cual la prosecución de la investigación sería inoficiosa, y por supuesto, la casación del fallo intrascendente.*

En CONCEPTO del 25 de julio de 2017, esto expresó la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA:

**OFICIO 220-149997 DEL 25 DE JULIO DE 2017<sup>8</sup>**

**ASUNTO: EMBARGO DE BIENES OBJETO DE UN CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y COBRO DE LAS OBLIGACIONES RESPECTIVAS**

*Me refiero a su escrito vía correo electrónico, radicado con el número 2017-01-330607, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, solicita información sobre el asunto de la referencia, puntualmente jurisprudencia y/o doctrina que ilustre acerca del procedimiento para realizar el embargo de bienes objeto de un contrato de fiducia mercantil, constituido por una sociedad anónima, así como para realizar el cobro de las obligaciones derivadas de dicho contrato.*

*En primer término se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a prestar asesoría para las acciones o las gestiones que los particulares pretendan desplegar, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca proporcionar una opinión sobre los temas a su cargo, lo que explica que sus respuestas en esta instancia no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad*

*Bajo ese presupuesto, con fines ilustrativos es oportuno remitirse al concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre el embargo de los bienes objeto de un contrato de fiducia mercantil, emitido por la mediante Oficio No 2008085725 del 20 de enero de 2009, cuyos apartes procede traer a colación:*

*“Sobre el particular este Despacho considera preciso recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 1226 del Código de Comercio, “la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, trasfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (...).”*

*Por su parte, el artículo 1233 del código citado, establece que los bienes fideicomitidos “(...) forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”. En este sentido, al celebrarse el contrato de fiducia mercantil, la propiedad de los bienes objeto del contrato debe ser trasferida a la fiduciaria, quien constituye con ellos un patrimonio autónomo independiente del suyo propio y del patrimonio del fideicomitente, el cual es administrado por la fiduciaria y se destina exclusivamente al cumplimiento de la finalidad señalada por el constituyente.*

*En concordancia con lo anterior, los artículos 1227 y 1238 del Código de Comercio disponen, en su orden, que “Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida” y que “Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados.”*

*Ahora bien, en relación con el alcance del artículo 1238 citado, en el numeral 4 del Título V, Capítulo I de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia, modificada por la Circular Externa 046 de 2008, se hicieron algunas precisiones relacionadas con aspectos tanto sustanciales como procesales. Entre otros temas señala lo siguiente:*

*“(...) el inciso 1o. del artículo 1238 consagra una “causa legal” para deshacer sus efectos, tanto más aún si se tiene en cuenta la disposición contenida en el numeral 8o. del artículo*

<sup>8</sup> Oficio No. 220-126109 del 20 de junio de 2016- Oficio No. 220-021816 del 17 de febrero de 2017  
Carrera 3 No. 6-83  
Cuarto Piso  
Edificio La Merced  
Santiago de Cali



1240 *ibídem* que prevé como una de las causales de extinción del negocio fiduciario la 'acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario'.

*"Con todo, para abundar las razones que contribuyan a reforzar aún más la anterior conclusión, debe tenerse en cuenta que el deudor deberá pagar a sus acreedores oportunamente sus obligaciones y, para tal efecto, compromete su patrimonio, al establecer el artículo 2488 del Código Civil que todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, presentes o futuros, a excepción de los inembargables, queden afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél. (...)"*

*"(...) El numeral 8o. del artículo 1240 ya citado, ilustra el contenido y alcance del inciso 1o. del artículo 1238 *ibídem*, toda vez que es evidente que tanto en una como en otra hipótesis normativa estamos en presencia de acciones de carácter personal que sólo corresponde a aquellos acreedores anteriores a la celebración del negocio fiduciario traslativo y que, de suyo, presuponen un proceso de reintegración del patrimonio del deudor-fideicomitente frente a tales acreedores.*

*"En idéntico sentido, se trata de acciones que miran al perjuicio de los acreedores del deudor-fideicomitente derivado de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, sin que para su ejercicio sea menester entrar a considerar circunstancias tales como el deseo de causar daño o la intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores o, en fin, la mala fe que son requisitos indispensables para que se dé el fraude pauliano.*

*"Lo dicho, sin embargo, no equivale a significar que en el caso que se analiza nos encontramos en presencia de una acción que puedan ejercitarla los acreedores del deudor-fideicomitente de un modo irrestricto e ilimitado, toda vez que ella -como se expresó- se halla circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio a los acreedores derivado del hecho de disminuir o suprimir bienes del patrimonio que ocasionan o agravan su estado de insolvencia.*

*"Finalmente, para el ejercicio válido de ese 'derecho de persecución de los bienes fideicomitados' de que trata el inciso 1o. del artículo 1238, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se decreta la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, precisamente, ese 'derecho de persecución' -que tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil- tiene por finalidad permitirle a tales acreedores la satisfacción de sus créditos, la cual sólo se logra mediante la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente.(...)"*

*"(...) Dicha pretensión, en tanto se endereza a procurar la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente debe seguir los trámites propios de un proceso ordinario, independientemente del título que documenta la respectiva obligación y de que éste preste o no mérito ejecutivo. (...) los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil tienen el carácter de terceros en relación con el patrimonio autónomo, máxime si se atiende al hecho de que frente a tales acreedores el patrimonio autónomo no ostenta la calidad de deudor.*

*"(...) le corresponde a los acreedores -siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba- demostrar los elementos de los cuales deriva su legitimación en la causa para actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta." y "(...) acreditar que el contrato de fiducia mercantil celebrado por el deudor, propició o aumentó su estado de insolvencia, y, por ende, le produjo un perjuicio consistente en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos."*

*"(...) el deudor fideicomitente -a nuestro juicio- puede defenderse con éxito alegando y probando que posee bienes suficientes para satisfacer la obligación que contrajo con el acreedor demandante, esto es, proponiendo la excepción que la doctrina francesa denomina de "discusión de bienes", medio exceptivo que también puede -o debe proponer- la sociedad fiduciaria en cumplimiento del deber que le impone el numeral 4o. del artículo 1234 del Código de Comercio de "llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente".*

*"(...) Finalmente, desde el punto de vista pasivo, la acción de persecución de los bienes fideicomitados por parte de los acreedores anteriores a la celebración del contrato de fiducia*



*mercantil debe dirigirse contra el deudor fideicomitente y contra la sociedad fiduciaria como titular del patrimonio autónomo y, en su caso, también contra el beneficiario.”*

*En este sentido, de conformidad con las normas citadas, independientemente de la finalidad del negocio fiduciario mercantil de que se trate, aquellos acreedores cuyas acreencias sean anteriores a la constitución del patrimonio autónomo podrían perseguir los bienes fideicomitados impugnando el negocio fiduciario si hubiese sido celebrado en fraude de terceros. En últimas, las posibilidades de embargo son: 1) Sobre los derechos fiduciarios que el fideicomitente posea en ese patrimonio autónomo y 2) Sobre los bienes fideicomitados, previo el adelanto de las acciones paulianas y revocatorias consagradas en el artículo 2491 del Código Civil y en las normas relativas a procesos concursales<sup>9</sup>, en los términos arriba indicados.*

*Ahora bien, “(...) mediante el contrato de fiducia de garantía se transfieren uno o más bienes, muebles o inmuebles, para que en el eventual incumplimiento de una obligación a cargo del constituyente o de un tercero, la fiduciaria proceda a vender y a entregar el producto de la misma a los respectivos acreedores designados, hasta concurrencia de sus créditos, quienes a la sazón serían los beneficiarios de la constitución del fideicomiso.”<sup>10</sup>*

*En este orden de ideas, en un contrato cuyo objeto es exclusivamente de garantía y en el que, independientemente de sus valorizaciones, los bienes fideicomitados son improductivos, es claro que no se producirían rendimientos. No obstante, hay contratos en los se transfieren bienes productivos al patrimonio autónomo por lo que además de la garantía, la fiduciaria debe administrar tales recursos que en principio producirían rendimientos. En este caso, de conformidad con lo establecido por el artículo 1238 del Código de Comercio “Los acreedores del beneficiario (...) podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes”, sin necesidad de acudir a las acciones mencionadas para impugnar el contrato de fiducia...”. (El llamado por fuera del texto original).*

*De lo anteriormente expuesto se concluye:*

*a) que el Título XI del Código de Comercio, no consagra expresamente la posibilidad de que los bienes fideicomitados puedan ser objeto de embargo, como no podría hacerlo, toda vez que los bienes del fideicomitente son transferidos a la fiduciaria para que ésta los enajene y con el producto de la venta pague las obligaciones garantizadas;*

*b) que a pesar de lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia, contempla dos supuestos en que se puede adoptar dicha medida:*

*i) Sobre los derechos fiduciarios que el fideicomitente posea en el patrimonio autónomo, esto es, cuando se constituye una fiducia para que administre uno o varios bienes del fideicomitente y los rendimientos que reporten dichos bienes sean entregados a éste; y*

*ii) sobre los bienes fideicomitados, dentro de las acciones paulianas o revocatorias tendientes a dejar sin efecto el contrato de fiducia mercantil celebrado entre las partes.*

*Por su parte, la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 220- 111308 del pasado 31 de mayo, hubo de remitirse a los pronunciamientos más recientes que ha emitido en torno al tema de la inembargabilidad de la Propiedad Fiduciaria o Fideicomiso Civil, y previo examen de las consideraciones de orden normativo y jurisprudencial que se imponen, expuso las conclusiones a que fue preciso arribar en el sentido de reiterar que los bienes objeto de un contrato de propiedad fiduciaria o de un fideicomiso civil, a la luz de las disposiciones legales vigentes pueden ser objeto de embargo.*

*“(...)”.*

*Ahora bien, atendiendo los planteamientos en que su solicitud se funda, es necesario poner de relieve que la inembargabilidad no es un atributo propio de la propiedad fiduciaria, pues los artículos 794 y siguientes del Código Civil no hacen referencia alguna sobre el particular,*

<sup>9</sup> Ley 222 de 1995, Ley 550 de 1999 y Ley 1116 de 2006.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del 15 de julio de 2008. Referencia 00579-01.



y aquella fue estatuida en el artículo 1677 de la misma codificación, mediante una norma de indiscutible carácter procedimental, amén como la jurisprudencia constitucional explica “la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos sustanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva”<sup>11</sup>

Por su parte, sobre la modificación del artículo 1677 del Código Civil es del caso advertir que la misma Corporación Guardiania de la Constitución en la Sentencia C-318 del 3 de mayo de 2007, con ponencia del Magistrado Dr. Humberto Sierra Porto, indicó que la norma citada “contiene un listado de bienes, a los cuales la legislación civil les adjudica la cualidad de inembargabilidad”; que el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil “establece también la cualidad de inembargabilidad de algunos bienes”; que los numerales 3 y 4 del artículo 1677 del Código Civil y 11 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil “regulan la misma situación de manera parcialmente distinta, por lo que se presenta una antinomia jurídica, cuya definición en el ámbito de la teoría jurídica puede describirse como aquella situación en la que en un sistema jurídico dos normas establecen consecuencias jurídicas distintas para el mismo supuesto de hecho”, y por lo tanto “el numeral 11 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil ha derogado parcialmente las disposiciones demandas mediante acción pública de inconstitucionalidad, cuales son, los numerales 3 y 4 del artículo 1677 del Código Civil”.

Aclarado el carácter procedimental del artículo 1677 del Código Civil y la modificación de los numerales 3 y 4 del mismo, procede analizar si la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria consagrada en el numeral 8 ibídem, ha sido también objeto de modificación.

Al efecto, es de resaltar que la redacción del numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil es la originaria del Código Civil, y que ninguno de los llamados códigos judiciales hizo mención a la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria, pues aún la Ley 105 del 17 de octubre de 1931 no la enlistó en el artículo 1004, aunque en el numeral 16, hizo referencia a “Los demás bienes no embargables conforme al Código Civil o a otras leyes”.

Esta situación se modificó con la expedición del Código de Procedimiento Civil adoptado mediante el Decreto 1400 de 1970, dado que el artículo 684 prescribió que “además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse (...) 13.- Los objetos que se posean fiduciariamente”, numeral que se mantuvo incólume en el numeral 342 del artículo 1 del Decreto 2282 del 7 de octubre de 1989.

Luego, el artículo 594 de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, Código General del Proceso, estableció que “además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales” no se pueden embargar varios bienes, entre los que no aparece la propiedad fiduciaria.

De conformidad con lo expuesto, resulta evidente que el listado de bienes inembargables consagrado en el artículo 1677 del Código Civil, fue adicionado por el artículo 1004 del Código Judicial, pero el mismo fue derogado por subrogación<sup>12</sup> por el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, y éste a su vez derogado expresamente por el artículo 626 del Código General del Proceso, por lo cual es dable colegir que la norma vigente hoy en materia de inembargabilidad de bienes es el artículo 594 del Código General del Proceso, el cual amplió el espectro de la inembargabilidad pero no otorgó este atributo a la propiedad fiduciaria.

De otra parte, aunque el inciso primero del artículo 684 del Código de Procedimiento civil tiene carácter enunciativo, pues indicó que “además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse (...)”, lo cierto es que tal estipulación no puede entenderse referida al numeral 8 del artículo 1677 del Código Civil, pues este último no es “especial” y la propiedad fiduciaria se encuentra integrada en el numeral 13 de aquel artículo.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-019 del 21 de enero de 2015. Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.



*En otras palabras, considerando que la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria o fideicomiso civil se encontraba estatuida en el numeral 13 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, no era posible hacer uso del inciso primero de la misma norma para acudir al artículo 1677 del Código civil, pues éste no regulaba específicamente asuntos referentes a la propiedad fiduciaria, sino al pago por cesión de bienes.*

*Igual acontece con la previsión consagrada en el inciso primero del artículo 594 del Código General del Proceso, según el cual “además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en las leyes, no se podrán embargar (...)”, dado que, a la expedición de esta norma, el artículo 1677 del Código Civil como fue visto, estaba ya derogado en virtud del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, y la derogatoria expresa de este último no puede revivir la previsión inicial de inembargabilidad del Código Civil.*

*Ahora bien, aún en caso de no aceptarse la derogatoria del artículo 1677 del Código Civil, lo indiscutible es que la inembargabilidad de los bienes en ningún caso es absoluta y no puede utilizarse para desconocer la ley, defraudar a terceros o afectar la prenda general de los acreedores, admitiéndose de manera excepcional aún respecto de “los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recurso de la seguridad social”<sup>13</sup>, como lo ha precisado la H. Corte Constitucional<sup>14</sup>.*

*En este sentido, la sentencia de tutela No. T25.430 del 9 de mayo de 2006, con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló:*

*“La Corte resuelve la impugnación presentada por MARÍA DEL CARMEN RINCÓN HINCAPIÉ contra el fallo del 28 de febrero de 2006, por medio del cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó la tutela interpuesta contra el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad.*

*“(...)”*

*“A juicio de la accionante se incurrió en vía de hecho pues los jueces, desconociendo que el inmueble objeto del fideicomiso era inembargable, decretaron medida cautelar dentro de un proceso laboral.*

*“El Tribunal demandado en su providencia aceptó que aunque en principio el bien objeto de fideicomiso podría reputarse inembargable, en realidad no lo es porque según los términos de la escritura pública, no están involucradas tres personas, como es lo habitual, sino dos: un constituyente o un fideicomitente, que se confunde con el fiduciario (propietario) y el fideicomisario. Para tal fin, hizo un recuento de las normas que regulan la posesión, el dominio o propiedad y la propiedad fiduciaria, para concluir:*

*“Así las cosas, puede inferirse que cuando la ley habla de objetos que se posean fiduciariamente o de propiedad fiduciaria, está haciendo alusión al fiduciario, aquella persona que es formalmente propietario, porque esa titularidad sobre el bien la tiene en forma transitoria, con cargo a pasarla o restituirla al tercero beneficiario o fideicomisario. En esa medida, el legislador quiso proteger esa condición, ese estado latente de la propiedad, prohibiendo su embargo, pues en realidad se posee el bien con la limitante de tenerlo que pasar a otra cumplida una condición y aunque puede disponer de él, queda de todos modos con la obligación de restituirlo.*

*“En cambio, en el asunto de esta Litis, el constituyente o fideicomitente, nunca le hizo traslación del dominio sobre el bien a un fiduciario, con cargo a restituir el bien a un tercero beneficiario o fideicomisario, porque como reza la escritura pública, él mismo se reservó para sí la calidad de fiduciario, lo que significa que en verdad siguió siendo el propietario absoluto y así se desprende de la cláusula novena de la escritura de constitución del gravamen. (...) dicho de otra manera, por la Sala, dado que en el comandado Valencia Rincón, concurren las dos calidades, la de propietario pleno y la de fiduciario civil, no es esta la hipótesis que contemplan los artículos 684, numeral 13 del C.P.C. y 1677, numeral 8 del C.C., que se*

<sup>13</sup> Su inembargabilidad está contemplada en el numeral 1 del artículo 594 del Código General del Proceso

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 26 de noviembre de 2008. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.  
Carrera 3 No. 6-83  
Cuarto Piso  
Edificio La Merced  
Santiago de Cali



refieren, en su orden, a quien posea el objeto fiduciariamente y a la propiedad de objetos que el deudor posee fiduciariamente.

*“Finalmente, si en gracia de la discusión, se llegara a pensar que de todas maneras al ejecutado ostentar la calidad de fiduciario, gozaría de la inembargabilidad del bien y no sería garantía general de todos los acreedores, por estarlo poseyendo, además de propietario, como fiduciario, debe precisarse que ante esa disyuntiva, debe estarse por la embargabilidad, pues no puede dejarse de lado que el mismo obedece a una acreencia laboral, que tiene su privilegio sobre otros créditos, estando por delante solamente las cosas judiciales, las expensas funerarias necesarios del deudor difunto y los gastos de su última enfermedad (...) y con mayor en ese caso, en el cual la fideicomisaria no cuenta con un derecho consolidado, sino con una mera expectativa de adquirir el inmueble cuando su titular fallezca.*

*“De acuerdo con lo anterior, la Corte no advierte arbitrariedad en las decisiones objeto de cuestionamiento ni que las mismas obedezcan a la voluntad subjetiva de los falladores o desconozcan las normas legales. La interpretación que se ha dado a la figura del fideicomiso y de la posible embargabilidad del bien objeto del mismo es razonable”.*

*En consecuencia, de acuerdo con los argumentos de la Corte Constitucional, los bienes objeto de un contrato de propiedad fiduciaria o de un fideicomiso civil, pueden ser objeto de embargo, por las razones anteriormente expuestas.*

*Finalmente, en cuanto al procedimiento a seguir para realizar el embargo o el cobro de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil, habrá de estarse a las reglas previstas en la ley, específicamente en el Código General del Proceso.*

*En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes advertir que en la P. Web de la Entidad puede consultar la normatividad, los conceptos jurídicos y contables, la compilación de jurisprudencia concursal y societaria, entre otros.*

## CONCLUSIONES

En nuestro proceso hemos demostrado estos elementos que señala claramente la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA y la Doctrina de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA:

- a) Existen obligaciones anteriores al 30 de noviembre de 2015,
- b) La sociedad deudora se encuentra en un estado de insolvencia porque todo el esfuerzo patrimonial lo ha invertido en el BIEN INMUEBLE TRANSFERIDO AL FIDEICOMISO.
- c) El acreedor tiene derecho a perseguir este activo porque existen obligaciones adquiridas con anterioridad a la constitución del FIDEICOMISO, y al constituirse se generó una situación patrimonial que no le permite que su deudor le pague con su patrimonio actual.
- d) La constitución del patrimonio autónomo se efectuó en fraude a sus acreedores porque claramente se señaló desde la transferencia del LOTE DE TERRENO, que el FIDEICOMISO no respondería por las mejoras que PROCAL construyera sobre él, pero si se apropiaría de las mismas evitando la persecución de los acreedores.
- e) Utilizar una SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA para generar un fraude a sus acreedores tiene como consecuencia que los accionistas y administradores respondan en forma solidaria.



f) Hubo un enriquecimiento sin causa en el PATRIMONIO AUTONOMO y las obras solo beneficiaron al FIDEICOMISO y por ese hecho y además porque existió un MANDATO SIN REPRESENTACION, debe ser solidario en el pago de las obras ejecutadas por ESTRUMETAL.

Debo señalar adicionalmente que la FIDUCIARIA ayudó en colocar en total indefensión a los acreedores contratistas de PROCAL. Pues bien, si FIDUDAVIVIENDA hubiese obrado con rectitud y responsabilidad frente a LOS ACREEDORES de PROCAL, debió advertir que este era el UNICO BIEN INMUEBLE en donde se adelantaría un PROYECTO INMOBILIARIO con una inversión cercana a los CIENTO VEINTE MIL MILLONES DE PESOS pero en su contrato de transferencia decidió INCLUIR una CLAUSULA que es abusiva y en contra de los acreedores de PROCAL al señalar que sobre las MEJORAS PLANTADAS no tenía por qué responder ni la FIDUCIARIA ni el FIDEICOMISO:

**“PARAGRAFO: Si en el bien fideicometido llegare a realizarse mejoras, EL FIDEICOMITENTE TRADENTE se obliga a responder por ellas ante FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A. y ante terceros, de tal manera que FIDUCIARIA DAVIVIENDA S. A. y el FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL TERRA PLAZA quedan exonerados de toda responsabilidad por cualquier acto o hecho que se relacione con dichas mejoras”**

Las mejoras plantadas sobre el LOTE DE TERRENO, hoy han accedido al patrimonio FIDEICOMISO TERRAPLAZA, pero sobre las obligaciones a cargo de PROCAL por haber plantado estas mejoras, expresamente pactaron que NO RESPONDERIAN. Como lo cité en las normas consagradas en la CIRCULAR EXTERNA de la SUPERFINANCIERA y que cité al momento de exponer los FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA, es una cláusula abusiva e ilegal.

Por todo lo anterior, pido que se REVOQUE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA y además de HACER LAS PRIMERAS DIEZ DECLARACIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL ruego aceptar las RESTANTES PRETENSIONES PRINCIPALES y en subsidio cualquiera de las subsidiarias.

De los Honorables Magistrados,

EDGAR JAVIER NAVIA ESTRADA  
16.663.081 DE SANTIAGO DE CALI  
33.201 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA