

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Proceso No. 110013199003201801214 01
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR FINANCIERO
Demandantes: MAQUILA INTERNACIONAL DE
CONFECCIÓN S.A. y NORA EUGENIA
GÓMEZ GONZÁLEZ.
Demandada: ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., actuación a la
que fue llamada en garantía SBS SEGUROS
COLOMBIA S.A.

Sentencia discutida y aprobada en sesiones de sala n.ºs 38, 39, 40, 41 y 42 de 27 de octubre, 3, 10, 17 y 24 de noviembre de 2020, respectivamente.

Con fundamento en el artículo 278.3 del CGP, el Tribunal emite sentencia escrita mediante la cual resuelve la apelación interpuesta por la parte demandante contra el fallo anticipado de 7 de mayo de 2020 proferido por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el cual halló probada, en aplicación del aludido precepto, la excepción de transacción y, en consecuencia, negó las pretensiones y se abstuvo de emitir condena en costas.

ANTECEDENTES

1. En la demanda subsanada, y con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González pidieron declarar que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales*”, se obligue a Acción Fiduciaria S.A. a devolverles la totalidad de los dineros que le entregaron, así: **(i)** \$670’164.072,00, suma que la primera dio por virtud del contrato de encargo fiduciario individual n.º 1100010256 de 12 de mayo de 2014, y **(ii)** \$424’127.252,00, capital erogado por la segunda con motivo del negocio jurídico de encargo fiduciario individual n.º 1100010245 de 13 siguiente¹, cifras que pidieron indexar junto

¹ Negocios suscritos por Urbo Colombia S.A.S. (*promotor*), Sociedad Acción Fiduciaria S.A. (*fiduciaria*) y los acá demandantes (*inversionistas*).

con sus “intereses legales”, desde que fueron depositadas a su opositora y hasta que se verifique su pago.

2. Para sustentar sus pretensiones, la parte demandante sostuvo que a través de los referidos contratos de encargo fiduciario se vincularon como **inversionistas** para la adquisición de los locales n.ºs 2-081 y 2-080, respectivamente, del proyecto inmobiliario denominado “*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”, concebido para la construcción de 340 unidades de diverso formato, 139 oficinas, 1800 parqueaderos, áreas especiales corporativas, culturales de exposiciones y eventos, todo lo cual a desarrollarse en una “*única etapa*” en el lote identificado con el folio de matrícula n.º 370-695292 de la Oficina de Instrumentos de esa ciudad, según se determinó en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall suscrito mediante documento privado de 17 de diciembre de 2013 únicamente entre Urbo Colombia S.A.S.², como promotora, y la contraparte (Acción Fiduciaria S.A.), en su calidad de fiduciaria, quien según la **cláusula tercera** del referido convenio, estableció ocho **condiciones** para la transferencia de los recursos de los inversionistas vinculados al proyecto.

Agregaron que [el 20 de enero de 2014] Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S.³ (*promotora-fideicomitente*) respecto del encargo fiduciario en comento (MR-799); los días 12 y 13 de mayo de 2014, los demandantes suscribieron con la promotora (Marcas Mall S.A.S.) y su aquí opositora (Acción Fiduciaria S.A.), los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 para que esta última tuviera la “*guarda, administración, custodia y cuidado*” de sus recursos, y “***una vez se cumplieran los requisitos de transferencia***”, sus dineros fueran trasladados a la “promotora” para adquirir los locales 2-080 y 2-081, sin que hasta la fecha se hayan suscrito las correspondientes escrituras de venta.

Agregaron que el 2[8] de marzo de 2014, tanto la aquí “accionada” como la “promotora” suscribieron el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali⁴.

Manifestaron que optaron por demandar tan solo a Acción Fiduciaria S.A. por haber sido con quien suscribieron los encargos fiduciarios individuales y por ser quien recibió sus dineros, persona jurídica que, a su juicio, no podía trasladar los emolumentos al promotor, como lo hizo según

² Persona jurídica respecto de la cual, junto a Urbanizar S.A., mediante autos de 26 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, la primera instancia desestimó la excepción previa formulada por Acción Fiduciaria S.A. consistente en “*no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*”.

³ Mediante documentos privados de 19 de octubre de 2016, de un lado, la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. cedió su posición contractual en el Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali a Urbanizar S.A., en un **70.4%**, y de otro, en el mismo porcentaje, hizo lo propio Proyectos y Construcciones San José Ltda. en cabeza de Urbanizar S.A., según la documental aportada por la demandada al replicar.

⁴ Fideicomiso en el que se echa de menos la vinculación de las aquí demandantes.

consta en el **acta de verificación** de 4 de noviembre de 2014⁵, por no encontrarse satisfechas hasta ese momento las “condiciones de transferencia” y porque no se contaba con la *ratificación* de la parte demandante; de suerte que como el que “*paga mal paga dos veces*”, la accionada debe asumir el reclamado reintegro.

En lo medular, el incumplimiento contractual (del encargo original, sus otrosíes e individual en comento) y legal, los actores lo hicieron consistir en que:

a) si bien se previó que el terreno en el que se haría el centro comercial Marcas Mall en Cali, debía estar en cabeza del fideicomiso administrado por la accionada, lo cierto es que para la fecha de la supuesta **acta de verificación** (4 de noviembre de 2014), la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría ese proyecto **aún** se encontraba en cabeza de Laboratorios Baxter S.A.S., mas no de Acción Fiduciaria S.A., en calidad de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, según la anotación n.º 11 del certificado de tradición n.º 370-695292;

b) para el 4 de noviembre de 2014, fecha del acta de verificación de requisitos, no se cumplió la condición según la cual debía celebrarse un total de contratos de “encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista” equivalente al **52%**, porcentaje que no se alcanzó, pues de acuerdo con la respuesta de 14 de noviembre de 2014 que la accionada les remitió a través de su revisora fiscal, para ese momento las ventas ascendían a **\$92.827’383.075,00**, cuando en los encargos fiduciarios estaban proyectadas para la fase n.º 1 en **\$253.031’332.726,00** (es decir, menos del **37%**);

c) Tampoco se les informó lo atinente a la **supresión** (que, entre otras, tuvo lugar a través del otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 que suscribieron convocada y promotora⁶) de la condición 7ª del encargo MR-799, atinente a que para la transferencia de sus recursos, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*.

Lo anterior, por cuanto para el 4 de noviembre de 2014, el valor de las unidades comprometidas en venta ascendía a \$92.827’383.075,00, por lo que el aludido porcentaje (15%) de los saldos no podía superar los \$13.924’107.461,00; empero, lo pagado por la demandada solo llegaba a \$24.345’893.031,00 y los saldos superaban los \$83.002’345.308,00.

d) Incumplió con verificar el requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en la mencionada acta de 4 de noviembre de 2014 la demandada así lo aseguró, fecha para la cual

⁵ Documento que dijeron conocer las demandantes hasta febrero de 2018, esto es, al momento de demandar.

⁶ Ver a folio 149 el anexo en el archivo en PDF de la demanda original.

no existía comunicación de la promotora, la que solo se obtuvo hasta el 14 siguiente, conforme lo acreditó su revisora fiscal, Adriana Aguilón.

Añadieron que el **28 de noviembre de 2016** las demandantes suscribieron **otrosíes** (n.º 4⁷) *“generales reglamentarios”* **“mediante maniobras, engaños”** y **“dolo”** de su opositora, pues las sumas ya habían sido entregadas por la convocada –en silencio– a Marcas Mall Cali S.A.S. dos años atrás; que promotora y demandantes⁸ suscribieron las promesas de compraventa de los referidos locales; el extremo actor cumplió con sus obligaciones, entre ellas, la entrega de todos los recursos acordados; su contraparte y la “promotora” cambiaron las condiciones para la transferencia de los recursos al agregar “convenientemente” las expresión: **“si es del caso”**, sin habérselo informado a los inversionistas, lo que desconoce el artículo 97 del EOSF.

Sostuvieron que en el párrafo 1º de la cláusula primera de los otrosíes (a los encargos individuales) suscritos entre las aquí comprometidas el 28 de noviembre de 2016, estipulación que consideran **abusiva e ineficaz de pleno derecho** al tenor de lo previsto en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, acordaron que **“las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato fiduciario originario firmado por las partes”** los días **“12 y 13 de mayo de 2014⁹ y sus posteriores otrosíes”**, lo que en efecto firmaron bajo la convicción errada de que su opositora había verificado el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos; agregaron que la respuesta de la demandada con motivo de su reclamación directa, constituye un indicio grave en su contra.

Por último, señalaron que su contradictora faltó a sus deberes contractuales de lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de los bienes fideicomitidos, legales y aquellos consagrados en el EOSF, pues de lo contrario sus dineros les habrían sido devueltos.

3. Admitida la demanda por auto de 30 de agosto de 2018, la demandada, en esencia, señaló:

a) solo fungió como **administradora** y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la modalidad de preventa inmobiliaria (pues no medió transferencia de propiedad), mas no de un patrimonio autónomo; **b)** su responsabilidad iba hasta la verificación del punto de equilibrio y nada más; **c)** mediante otrosíes reglamentarios de 29 de noviembre de 2016, desprovistos de engaño, se modificaron los planes de pago, lo que no cumplieron a cabalidad los actores, cuyo clausulado no califica como

⁷ Según el auto inadmisorio de 14 de agosto de 2018, esos negocios jurídicos fueron suscritos por Marcas Mall S.A.S. y Urbanizar S.A.

⁸ La demandada, Acción Fiduciaria S.A., no participó en esos contratos preparatorios.

⁹ Fundamento de la pretensión.

abusivo; **d)** si lo pretendido es alegar un vicio en el consentimiento por la suscripción de esas adiciones, debió pedirse la nulidad de los convenios signados; **e)** siempre informó a los actores de las modificaciones a través de boletines; **f)** los demandantes no tienen los recursos consignados en sus encargos fiduciarios, porque “fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor” –sin precisar cuándo-, “de conformidad con lo pactado” en el contrato, para que éste ejecutara el proyecto, y **g)** si hubo un perjuicio para los demandantes, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.

A su turno, excepcionó “**transacción**”, “*cláusula compromisoria*”¹⁰, “*no es contractualmente responsable*”, “*inexistencia del daño*”¹¹ y de “*nexo causal*”¹², “*error en la identificación del contrato celebrado*”¹³, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”¹⁴ y la “*genérica*”. Por último, objetó el juramento estimatorio¹⁵.

La primera de las aludidas defensas (**transacción**, que fue la acogida por el *a quo*), la cimentó en el entendido de que la parte actora no podía desconocer el acuerdo al que también llegó con la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (fideicomitente) y Urbanizar S.A. (gerente del proyecto), lo que consta en los otrosíes a los contratos de encargo fiduciario individual n.os 1100010256 y 1100010245 suscritos el 28 de noviembre de 2016, a través de los cuales se pactaron “**nuevas condiciones y términos objeto del encargo fiduciario, transaron y desistieron de cualquier reclamo derivado del incumplimiento que pudo haberse dado en los contratos de encargo individual original**”, por lo que de acuerdo con el artículo 2469 del C.C., cualquier obligación derivada de una infracción negocial relacionada con el encargo fiduciario, “*se encuentra por completo extinta*” “*bajo los efectos... de la cosa juzgada*”.

Con soporte en la póliza n.º 1000099 (amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras), Acción Fiduciaria llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.)¹⁶.

¹⁰ Fundada en que el pacto arbitral contenido en los contratos de promesa de venta de los locales en litigio, por estar **coligado** a los encargos fiduciarios individuales 1100010256 y 1100010245, debía este asunto conocerlo esa justicia transitoria.

¹¹ Las 2 últimas defensas, porque no actuó con culpa, ni existe nexo causal, ni se generó un daño efectivo, real, directo y determinable, pues el dinero invertido por los actores se encuentra representado en la parte o alcuota que les corresponde del inmueble con matrícula n.º 370-695292 “**en el que se desarrollaría el proyecto**”.

¹² Soportada en que “**no tenía el deber de verificar el cumplimiento de**” los “**requisitos**” a que alude el extremo actor, cuando ello era del resorte de la promotora e interventor, aunado a que no existe nexo causal, al haberse dado inicio a la obra.

¹³ Fincada en que existe una diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, que radica en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados dados a la segunda, la cual es inexistente para el primero. Que en este asunto, “el único vínculo contractual que existió entre la parte demandante y Acción Fiduciaria, fueron unos encargos fiduciarios, mas no un fideicomiso o patrimonio autónomo; es decir, que la propiedad de los recursos es del titular del encargo, Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., sociedad constituyente, quien estableció las condiciones para el cumplimiento del punto de equilibrio y sólo ella las declara cumplidas como constituyente del encargo.

¹⁴ Porque debía ser Marcas Mall Cali la llamada a resistir las pretensiones de los actores.

¹⁵ Que se abstuvo de tramitar en proveído de 19 de julio de 2019.

¹⁶ Carpeta n.º 20.

4. Intervención de la llamada en garantía. La referida aseguradora coadyuvó las defensas presentadas por su llamante, se opuso a la demanda y excepcionó:

4.1. *“Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Fiduciaria”: “improcedencia de los pretendido en virtud de la existencia de una **transacción**”; “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de Acción Fiduciaria por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”¹⁷; falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actual de Marcas Mall S.A.S.”¹⁸; “procedencia de la sentencia anticipada en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” y la “genérica”.*

La primera defensa, que pidió acoger en sentencia anticipada (artículo 278 del CGP), soportada en que al existir *“una **transacción** como figura por medio de la cual se extinguen las obligaciones a la luz del código civil..., la demanda presentada... deriva en una clara intención de congestionar el sistema judicial..., dado que la misma carece de cualquier sustento fáctico y jurídico”.*

4.2. Frente al llamamiento también se opuso y excepcionó: *“ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”¹⁹, “ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”²⁰; en subsidio, formuló las defensas que denominó: “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”²¹, “agotamiento del valor asegurado”²², “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la [aludida] póliza y Sección de responsabilidad civil profesional”²³ y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.*

¹⁷ Soportada en que la parte demandante no cumple con la carga de demostrar la responsabilidad civil de su convocante, Acción Fiduciaria, conforme lo prevén los artículos 167 del CGP y 1604 del C.C., como tampoco probaron los alegados perjuicios, máxime cuando los recursos invertidos los recibió la promotora y/o alguno otro sujeto diferente por ella autorizado.

¹⁸ Fundada en que no está llamada a responder por acciones u omisiones de un tercero como Marcas Mall Cali S.A.S. en torno a la construcción del centro comercial.

¹⁹ La aludida defensa, porque conforme al artículo 1056 del C. de Co., debe haber un daño, incumplimiento contractual y legal, y un nexo causal, lo que aquí no se demostró.

²⁰ Soportada en que según el numeral 3º de las condiciones generales de la póliza con fundamento en la cual ha sido llamada, excluyó su responsabilidad “en casos en los cuales se acredite que los reclamos provienen efectivamente de actos profesionales incorrectos de Acción Fiduciaria derivados de conductas delictivas, deshonestas, fraudulentas o maliciosas; o con violación de la ley por parte del asegurado, o ante un fraude que dé origen a los reclamos contra el asegurado por parte de sus clientes.

²¹ Conforme a los artículos 1079, 1089 y 1111 del C. de Co., y lo pactado en la carátula de la póliza, existe un límite asegurado de \$15.000'000.000,00, suma a distribuir entre todos los asegurables que hayan reclamado durante la vigencia del contrato de seguro.

²² Para cuyo efecto pidió primero certificar el estado de la póliza y valores pagados.

²³ Conforme al artículo 1103 del C. de Co., y lo acordado en el punto 4.14 del contrato de seguro, de haber una condena, deben deducirse \$150'000.000,00.

5. Sentencia anticipada de primera instancia.

El *a quo*, en audiencia, luego de exponer las razones para desestimar la excepción de cláusula compromisoria, y con soporte en el numeral 3° del artículo 278 del CGP, profirió fallo anticipado con el que acogió la excepción de **transacción** formulada por la sociedad demandada, sin condenar en costas.

Para arribar a esa conclusión, comenzó por recordar que los negocios acá cuestionados correspondían a una **fiducia inmobiliaria** regulada por los artículos 1226 del C. de Co.²⁴, 29 (lit. b) del EOSF y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, para significar que la función de la demandada era administrar unos recursos de los inversionistas con la verificación de unas condiciones plasmadas en el contrato de desarrollo y vinculación, para asegurar la recuperación de los costos del proyecto que debía comprobar, junto con las condiciones técnicas, jurídicas y financieras (primera etapa). En cuanto a la ejecución (segunda etapa), sostuvo que a partir de ella se daba la transferencia de los recursos invertidos, para luego la administradora (demandada) entregar las unidades adquiridas en el centro comercial y, por último, la liquidación (tercera etapa) que se relevaba de analizar por innecesaria.

Luego de considerar que en aquellas etapas surgían varios contratos, como acá, esto es, el de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 (de 17 de diciembre de 2013), el de **fiducia mercantil** inmobiliaria FA-2351 (de 28 de marzo de 2014) y los encargos individuales (n.ºs 1100010256 y 1100010245 de 12 y 13 de mayo siguiente) suscritos por los actores, señaló que debían entenderse **coligados** y afectados entre sí conforme lo tiene decantado la jurisprudencia (CSJ, SC18476-2017), sin poner en duda la calidad de **beneficiarios** de los demandantes por virtud de la cláusula 5ª del convenio MR-779 que los consideró así por ser **inversionistas** (legitimación por activa), tanto más cuando tienen una promesa de venta a su favor; precisó que la cláusula décima de estos últimos convenios (de 12 y 13 de mayo de 2014), por ser de **adhesión**, debía “**tenerse como ineficaz**” (min. 1:07:35, aud. 7 de mayo de 2020) “**por abusiva**” al exonerar a la demandada de responsabilidad, según los artículos 11 de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011, lo que igualmente contrariaba el principio de “buena fe” negocial (min. 1:08:25).

Tras recordar los tres elementos específicos del fenómeno de la transacción (entre ellos el “**abono recíproco**” (min. 1:12:57) y sus efectos de cosa juzgada, el *a quo* señaló que hicieron presencia en la convención que de ese tenor suscribieron las partes, que podía ser consensual, pues en los otrosíes reglamentarios de 28 de noviembre de 2016, fue esa la “*voluntad de las partes*” conforme al artículo 1495 del C.C. y 824 del C. de Co., por lo que

²⁴ Según el cual, se trata de un “negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere 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”.

se “*extinguieron las relaciones jurídicas*” anteriores (min. 1:17:27), allí se pactaron, además, adiciones en las cuales se sustituyeron los convenios de vinculación de 2014 y otrosíes, que obedecieron a la “*reestructuración financiera, técnica y comercial*” del proyecto Marcas Mall, que comprendió la “*total modificación de los términos y condiciones pactados*” (min. 1:18:16), con la modificación de los encargos MR-799 de 2013 e individuales de 2014, documentos que incluso dieron cuenta de los “*recursos transferidos al promotor*” (min. 1:19:01), por lo que era admisible la renuncia de su derecho a demandar.

Aseveró que el reconocimiento de intereses de los recursos entregados por los inversionistas²⁵, si bien se sujetó a un hito temporal desde el ingreso del dinero hasta la entrega de los locales o la suscripción de las respectivas escrituras, no afectaba la transacción, pues esta no suponía haber quedado atada a esta solemnidad; además, lo convenido en los otrosíes, fue dar paso a unas “*reglas del negocio nuevas*” (min. 1:22:56) para continuar con el proyecto inmobiliario, al punto que en el parágrafo primero de la cláusula séptima de cada modificación, hubo un compromiso de suscribir el “*otrosí*” a las promesas de compraventa de los dos locales dentro de los 15 días hábiles siguientes a la firma de esos documentos.

En cuanto al **engaño** de que dijeron ser objeto los actores por desconocer para el 28 de noviembre de 2016 la entrega de los dineros al promotor -aspecto confesado por la representante legal de la demandada en su interrogatorio-, lo cierto era que existían elementos de juicio que permitían inferir que aquéllos “*sí conocían del estado del proyecto*” (1:27:16) y la aludida transferencia²⁶, porque:

a) En la demanda hablaron del estancamiento del proyecto tres años atrás (abril de 2015); pese a ello, suscribieron la transacción 17 meses después, según se confesó en el hecho n.º 13 de la demanda y se deducía de la reclamación directa.

b) El representante legal de la demandante reconoció en su interrogatorio haber hecho más de 30 negocios de fiducia, por lo que no se concebía que desconociera la transacción que firmaba en la que se anunciaba la transferencia de los recursos al promotor de tiempo atrás, quien no pidió aclaración del otrosí que la recogió; es decir, los actores suscribieron los nuevos acuerdos renunciando a su deber de informarse.

c) Según la proyección de pago de los locales, el último instalamento debió darse el 16 de agosto de 2015, y se firmaron los otrosíes el 28 de noviembre de 2016.

²⁵ Según el parágrafo segundo de la cláusula primera de cada otrosí de 28 de noviembre de 2016, el promotor, Marcas Mall S.A.S., se obligó a pagar una tasa de interés del 0.75% mensual sobre los dineros que ingresaron al fideicomiso aportados para cada inversionista, causados desde la suscripción de ese convenio y hasta la firma de la escritura pública de compraventa, o hasta que se haga entrega de los locales.

²⁶ No sin antes señalar que las actuaciones del representante legal de la sociedad demandante implicaron un mandato de la demandante Nora Eugenia Gómez González, conforme al artículo 1262 del C.de Co.

Por último, refirió que la afirmación de los actores según la cual desconocían de la transferencia de los dineros al promotor y firmaron mediante presión, carecía de soporte, lo que se oponía a lo consignado en los otrosíes, como tampoco tenían el privilegio de hacer de su dicho su propia prueba, amén de que no se trató de acuerdos de adhesión.

6. El recurso de apelación.

La parte demandante formuló sus reparos concretos en audiencia, en el siguiente sentido:

6.1. El *a quo* fundamentó su fallo en la celebración de los otrosíes generales reglamentarios que suscribieron, pero desconoció todas las actuaciones y pruebas documentales aportadas en el proceso, que precedieron la suscripción de los mismos; ignoró lo declarado en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la sociedad demandada, principalmente al omitir dar aplicación a lo ordenado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y especialmente a lo estipulado en la Circular Externa de 24 de julio de 2016, la cual imparte instrucciones en materia de negocios fiduciarios y establece los requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria, y principalmente, emite su fallo sin la observancia de los principios generales del derecho, en especial, el principio rector de la buena fe contractual.

6.2. Las pruebas y la confesión de la representante legal de su opositora demuestran que los demandantes sí fueron llevadas a firmar estos otrosíes con engaños que viciaron su consentimiento, violando los principios de transparencia y debida y correcta información por parte de la entidad demandada.

6.3. Desconoció o no valoró las pruebas que demuestran que desde el 4 de noviembre de 2014, la accionada actuó de manera dolosa, al dar por “verificadas” unas condiciones que no se habían cumplido.

6.4. Pasó por alto que la demandada faltó a su deber de información, pues no les comunicó: **a)** las modificaciones que realizó al Contrato de Encargo de Preventas MR-799, sino a finales de noviembre de 2014, en tanto que el 4 anterior había iniciado la transferencia de los recursos, sin atender las condiciones pactadas con los inversionistas en los encargos individuales; **b)** la grave situación por la que atravesaba el proyecto; **c)** que renunciaban a su derecho de demandar las actuaciones dolosas del representante legal de la demandada; **d)** que el proyecto se descapitalizó en parte porque ella pagó el lote denominado Baxter, y **e)** que los dineros los había transferido tres (3) años antes, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas para ello, sin que pudiera obviarse que la mera transgresión de la prestación consistente en suministrar datos relevantes para el consumidor es, *per se*, constitutivo de culpa.

6.5. Está prohibido “convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de la posición dominante”, de suerte que los otros ítems contentivos de las transacciones, califican como cláusulas abusivas.

6.6. El fallo se fundamenta en la existencia del fenómeno de la “transacción”, desconociendo los elementos esenciales para su formación, en especial, las **concesiones recíprocas**, pues la tasa de interés mensual que reconoció la promotora a favor de las inversionistas, jamás se efectuó, como tampoco los locales comerciales fueron escriturados ni entregados.

6.7. La primera instancia se limitó a dar valor probatorio en forma aislada, sin otorgarle estudio alguno a las pruebas aportadas y practicadas, tales como la documental, interrogatorios de parte y la denuncia contra los empleados de la sucursal de la demandada en Cali.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁷, la competencia del Tribunal se circunscribe al análisis de la sentencia anticipada apelada, en cuanto acogió la excepción de transacción propuesta por la sociedad demandada, defensa respecto de la cual se concedió y admitió la alzada.

El problema jurídico medular que le corresponde resolver en esta instancia al Tribunal, se concreta en determinar si la transacción que soporta la decisión recurrida constituye una cláusula eficaz o si, por el contrario, de acuerdo con las normas vigentes, y con apoyo en la jurisprudencia y la doctrina, es ineficaz de pleno derecho.

La Sala, una vez analizó los argumentos del juez *a quo*, los reparos concretos que acompañan el recurso de apelación y el material probatorio recaudado, concluye que dicha estipulación, amén de ser ineficaz de pleno derecho, es nula de nulidad absoluta, lo que conlleva a revocar el aludido fallo, con soporte en los argumentos que a continuación se exponen.

En la demanda subsanada, Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González pidieron que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales, se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a efectuar la devolución/ restitución/ reintegro total de los recursos depositados*”.

²⁷ “El apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P).” (CSJ, sentencia del 1º de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

Como fundamento de tal pedimento, los libelistas relataron, en esencia, que con motivo del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali de 28 de marzo de 2014, los días 12 y 13 de mayo siguiente se vincularon como **inversionistas** con los locales n.ºs 2-081 y 2-080, respectivamente, al proyecto inmobiliario denominado “*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”, a través de los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 que suscribieron con la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (cesionaria contractual de Urbo Colombia S.A.S.) y Acción Fiduciaria S.A. (acá demandada); que de acuerdo con el numeral 2º de la cláusula 8ª de los referidos encargos individuales, la accionada debía colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados, “una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del encargo fiduciario de preventas promotor” MR-799 Marcas Mall de 17 de diciembre de 2013, cuya copia se les entregó; en su defecto, devolver los dineros a los inversionistas (numeral 6º).

Añadieron que de conformidad con la citada estipulación tercera (MR-799), Urbo Colombia S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., acordaron como “**condición** para la transferencia de los recursos”, las siguientes:

(**i**) constancia de radicación del permiso de ventas para cada etapa del proyecto; (**ii**) licencia de urbanismo y construcción vigentes para cada etapa del proyecto; (**iii**) carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto; (**iv**) haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los *inversionistas* del proyecto que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto; (**v**) haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionistas que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto; (**vi**) haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del proyecto debidamente aprobado por el *interventor* del mismo y por el *promotor*; (**vii**) que los encargos fiduciarios de los *inversionistas* cuenten, en suma, con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*, y (**viii**) certificado de tradición actualizado del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en el que conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Fiduciaria S.A.

Las reseñadas condiciones también fueron plasmadas en la cláusula primera de los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245, fundamento de esta acción.

Sin embargo, los dineros de los inversionistas fueron transferidos al promotor, sin que: (**i**) se encontrara la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría el proyecto, en cabeza de Acción Fiduciaria y (**ii**) los contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista superaran el acordado **52%**.

Aunado a lo anterior, reprocharon que su opositora, de un lado, suprimiera –sin informarles- la condición 7ª del encargo MR-799 atinente a que para la transferencia de sus recursos a la promotora, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los actores, y de otro, que no verificara el requisito obligatorio de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, con lo que la demandada faltó a sus “*deberes contractuales*” de “*información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión*” y “*de protección de los bienes fideicomitidos*”, al igual que los “**legales**” previstos en los artículos 1618 a 1624 del C.C. y las normas que sobre fiducia prevén los artículos 1234 y 1239 del C. de Co., en claro desconocimiento de sus derechos como **beneficiarios**, cuya calidad, dicho sea de paso, no puso en duda la demandada²⁸.

Para fundamentar su medio exceptivo de transacción, la demandada invocó el párrafo primero de la cláusula primera de los otrosíes que ella como vocera del fideicomiso MR-799 Marcas Mall, junto con Marcas Mall S.A.S. (promotora) y Urbanizar S.A. (Gerente del Proyecto), suscribió con Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González el 28 de noviembre de 2016, según el cual: “*Las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes*” los días 12 y 13 de mayo de 2014, “*y sus posteriores otrosíes*”.

Pues bien, en el presente caso, la aludida transacción impone a la jurisdicción ordinaria asumir el conocimiento del asunto con un cuidado especial, por cuanto la endilgada desatención legal de los artículos 1618 a 1624 del C.C. y las normas que sobre fiducia estipulan los artículos 1234 y siguientes del C. de Co., ciertamente conlleva a analizar el clausulado bajo la óptica *pro consumatore*²⁹, o favorable al consumidor (artículo 78 de la Constitución Nacional³⁰), si se tiene en cuenta que:

En primer lugar, tal como lo sostuvo el *a quo*, desde la suscripción de los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 de 12 y 13 de mayo de 2014, la demandada, en la **cláusula décima** que denominó “**manifestación especial**”, mostró que actuaba como “*simple administradora fiduciaria del proyecto*” y que quedaba eximida de “*cualquier responsabilidad derivada directa o indirectamente*” de su “*ejecución*”, lo que calificó como una cláusula abusiva que se oponía a los artículos 11 de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011. Desde luego que la demandada

²⁸ Según se deduce de la cláusula quinta de los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245: “*El (los) BENEFICIARIO(S) del presente contrato será(n) el (los) INVERSIONISTA(S)*”.

²⁹ puesto que “... *por su mayor vulnerabilidad, a lo que se suma el desequilibrio y la asimetría que, a menudo, signa la relación de consumo en la praxis (asimetría de poderes), se hace necesario considerar con mayor detenimiento y atención y, de contera, proteger más, entre ellos el fortalecimiento de los deberes especiales de información precontractual -y contractual según el caso-...*”. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio (2015). La compraventa en el Derecho del Consumo, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana e Ibáñez, pg. 94.

³⁰ CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 12 de febrero de 2018, exp. 2010-00364-01, SC129-2018; se resalta).

tampoco desconoció que la redacción de ese clausulado era de su completa autoría.

La anterior redacción tampoco fue ajena a la cláusula primera (atinente al **objeto**) de los otrosíes de 28 de noviembre de 2016, a través de los cuales la pasiva invitaba a desistir de reclamar frente a “*cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario*” y, ello es medular, anunciaba que “*los recursos*” “**serán**³¹ *transferidos al PROMOTOR*”, lo que igualmente se plasmó en la estipulación segunda al precisar que “*la FIDUCIARIA entregará al PROMOTOR los recursos depositados por los INVERSIONISTAS de acuerdo con el avance de obra*”, cuando según lo relató la representante legal de la sociedad demandada en su interrogatorio, esa entrega de dineros ya había tenido lugar desde noviembre de 2014, sin que pueda obviarse que conforme al artículo 11, literal a) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, toda convención que implique “*limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros*”, o limite los “*derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero*” (lit. d), se considera abusiva, como en este caso, cuya estipulación no podía incluirse so pena de su ineficacia de “pleno derecho” (artículo 42 de la citada ley 1480), únicamente frente a quienes aquí son parte.

Desde esa perspectiva, a juicio de la Sala, el párrafo de la cláusula primera de los otrosíes suscritos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (fiduciaria), Marcas Mall S.A.S. (promotora), Urbanizar S.A. (gerente del proyecto), y Maquila Internacional de Confeción S.A. y Nora Eugenia Gómez González (inversionistas) el 28 de noviembre de 2016, debe considerarse ineficaz, no solo porque no se probó, con las probanzas recaudadas, que “*las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario*”, en especial, lo atinente a los requisitos de transferencia de los recursos a la promotora, hubiesen sido debidamente informadas a los demandantes con antelación a la firma de la transacción, sino porque al impedirles reclamar “*cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario*”, se “*gener[ó] un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contra[jeron] las partes*”; además, porque “*incluida... en un contrato de contenido predispuesto [como acá], [dicha estipulación] establece, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual*”³².

De cara a lo primero, esto es, sobre la ausencia del deber de información hacia los actores, en su condición de consumidores

³¹ Acción futura que según los actores resultaba coherente porque hasta ese momento, en su sentir, no se encontraban dadas las anunciadas condiciones pactadas con su opositora desde el año 2014.

³² CSJ, Cas civ., 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

financieros, previo a la firma de la transacción, de “*las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario*”, en especial, de los requisitos de punto de equilibrio para la transferencia de los recursos al fideicomitente, no puede pasarse inadvertido que si a la demandante, la sociedad fiduciaria, cuya diligencia exigible “*no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público*”³³, les anuncia en los otrosíes de 28 de noviembre de 2016 que sus recursos **no han sido transferidos** al promotor cuando la realidad era otra, por más negocios similares que hubiere realizado el representante legal de la persona jurídica accionante, mas no su hermana, en verdad el consentimiento de aquellos como inversionistas se encontraría afectado, sin que la sociedad demandada hubiere acreditado que los actores sabían, antes de la referida calenda, de la transferencia de sus recursos, bien a la promotora, ora a un tercero como promitente vendedor de unos de los predios a construir, como para que aceptaran, sin reparo alguno, la eficacia de la aludida clausula transaccional.

Y es que:

“... en la medida en que las sociedades fiduciarias pretenden que sea el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción quienes asuman los riesgos a los que está expuesto el desarrollo de éste, **la actitud de un profesional prudente y avisado las obliga no solo a informar, previamente a la celebración del respectivo negocio fiduciario, acerca de los riesgos a los que se encuentra expuesta la construcción, alertar sobre las dificultades y fracasos y, en su caso, exigir la aceptación expresa del o de los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y de los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles**, sino también cerciorarse hasta donde les sea posible, actuando de forma diligente, del estado de ejecución del proyecto de construcción, comparándolo con el presupuesto de costos directos, indirectos y financieros, y las fuentes proyectadas de financiamiento, **con miras a evitar que el proyecto se desarrolle en términos y condiciones distintas a las que se tuvieron en cuenta por el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores [y los inversionistas interesados en adquirir las unidades inmuebles]** y, por ende, prevenir o evitar que se presenten hechos que degeneren en una grave alteración de la convivencia social o que sean constitutivos de punibles contra el patrimonio

³³ CSJ. Sentencia 3 de agosto de 2004. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Cfr, además. G.J. Tomo LXIX, pág. 688.

económico, o, en fin, que ocasionen perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptaron sin reparo alguno acceder [al inmueble resultante del proyecto de construcción] valiéndose de un vehículo fiduciario”³⁴ (se subraya y resalta).

En cuanto a lo segundo; es decir, en lo que concierne a la estipulación según la cual los signantes *“manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes”* los días 12 y 13 de mayo de 2014, *“y sus posteriores otrosíes”*, aunque en principio podría sostenerse, como lo hizo la primera instancia, que dicha cláusula deviene del libre juego de la autonomía privada, no puede obviarse que *“la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, **lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado. Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (...) (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) **En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe**”***³⁵.

Además, resulta de utilidad recordar que la sociedad accionada redactó en solitario el contenido de los otrosíes fustigados, sin que sus oponentes, interesados en adquirir unos de los locales resultantes del proyecto de construcción, hubieren tenido oportunidad real o efectiva de discutir su contenido³⁶, al tratarse, se *itera*, de cláusulas predispuestas o prediseñadas de modo unilateral, en las que no hay espacio para su negociación individual³⁷.

La jurisprudencia ha destacado la posición de dominio que, en muchas ocasiones, ostentan las instituciones financieras y de la que, en algunos casos, se sirven *“para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución”*³⁸, y que *“... en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de ‘las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse*

³⁴ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. *Fiducia Inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pág. 307.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2003.

³⁶ Memos aún si, como se dijo, desconocía que sus recursos ya habían sido transferidos a la promotora, en razón a la inconsulta modificación de las condiciones de punto de equilibrio.

³⁷ CSJ. Sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

³⁸ *Ib.*, sentencia de 14 de diciembre de 2011 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

conductas abusivas’, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”³⁹.

Aplicadas las anteriores nociones al *sub judice*, considera la Sala que la cláusula en virtud de la cual las partes “*manifiestan que transan y desisten de [reclamar] cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado...*” los días 12 y 13 de mayo de 2014, “*y sus posteriores otrosíes*”, debe percibirse como una manifestación abusiva derivada de la posición dominante que ostenta la sociedad fiduciaria en el contrato, pues la sitúa en una posición de privilegio frente a la adherente, en la medida en que se favorece de manera excesiva o desproporcionada su posición contractual, en desmedro de aquella que ostentan los inversionistas interesados en adquirir los locales resultantes del desarrollo del proyecto de construcción⁴⁰.

Y es que dicha estipulación no podría considerarse eficaz, si se repara en que, en el presente asunto, precisamente lo que se discute es la desatención de los deberes que en el marco de los negocios fiduciarios descritos en el acápite de antecedentes, le competía honrar a la sociedad fiduciaria, en particular, el relativo a la transferencia de los recursos a la promotora, una vez se hubieren satisfecho las condiciones previstas para tal fin, de suerte que “*negarle a los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción la posibilidad de reclamarle a la sociedad fiduciaria..., implica provocar una inequitativa y de paso inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo de la sociedad fiduciaria, desnaturalizando así la inocultable teleología de los negocios fiduciarios en general y, en particular, de la fiducia inmobiliaria y, por contera, modificando lo dispuesto en los artículos 1226 y 1234 numeral 1º del Código de Comercio*”⁴¹.

Ya la doctrina ha reconocido que “*la estipulación en virtud de la cual [los] terceros adherentes manifiestan conocer y aceptar que la sociedad fiduciaria no es ni constructor ni gerente, ni interventor, ni promotor, ni participa de manera alguna en el desarrollo del proyecto de construcción, **ni verifica ni ejerce control sobre la destinación de los recursos entregados por ellos** y, en consecuencia, no es responsable ni puede serlo por la terminación, calidad o precio del bien que se determine en los contratos de vinculación, **ni tampoco por la administración, utilización y destinación de los recursos por parte del fideicomitente/ promotor/***

³⁹ *OP cit.*, CSJ. sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J. G.J. Tomo CCXXXI, pág. 746.

⁴⁰ CSJ. Sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁴¹ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. *Fiducia Inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pág. 307.

constructor, encuadra en lo que se ha señalado como caracterización de una cláusula abusiva, dada la notable y ventajosa desproporción, además injustificada, que genera a favor de las sociedades fiduciarias y en contra de los terceros adherentes”⁴² (se resalta).

Y como uno de los **deberes indelegables** de las sociedades fiduciarias, se concreta en “... *prevenir, evaluar y mitigar los riesgos a los que quedaría expuesta la construcción del proyecto si se dieran por satisfechas o cumplidas, **sin estarlo**, las condiciones de las que depende el denominado punto de equilibrio del proyecto*”⁴³, no puede menos que concluirse que esa obligación *ex lege*⁴⁴ no puede soslayarse por la sola inclusión de una cláusula, cualquiera que sea su arquetipo, transaccional en el *sub lite*, que exonere de responsabilidad a la sociedad fiduciaria, porque conforme al artículo 11, literales a) y d) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, “**se prohíben las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros (...) [y] d) cualquiera... que limite los derechos de los consumidores financieros y **deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato**, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero**”, lo que supone que cualquier estipulación en contrario, como la que se pactó en el presente asunto, debe reputarse, amén de abusiva, **absolutamente nula**, a voces de lo previsto en el numeral 1° del artículo 899⁴⁵ del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 6°⁴⁶, 1523⁴⁷, 1741⁴⁸ y 1742⁴⁹ del Código Civil, aplicables al presente asunto por la remisión a que alude el precepto 822⁵⁰ del estatuto mercantil.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en punto a las cláusulas abusivas, ha precisado que:

“(...) [son] todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya

⁴² *Ib.*, BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo, pág. 136.

⁴³ *Ib.*, BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo, págs. 293 y 294.

⁴⁴ Dimanante de los artículos 1226 y 1234 del Código de Comercio.

⁴⁵ “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) **Cuando contraría una norma imperativa**, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) **Cuando tenga causa u objeto ilícitos** (...)”.

⁴⁶ “(...) **En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley**, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

⁴⁷ “**Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes**”.

⁴⁸ “**La nulidad producida por un objeto o causa ilícita**, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, **son nulidades absolutas**”.

⁴⁹ “**La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato**; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. **Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse** por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

⁵⁰ “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, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ, sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio ‘*significativo*’ (art. L-132-1, *Code de la consommation Francia*; artículo 1469 bis *Codice Civile italiano*) ‘*importante*’ (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 - modificada por leyes 24/2001 y 39/2002- España), ‘*manifiesto*’ (Ley 14/7/91 Bélgica), ‘*excesivo*’ (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos standard del 5743/1982 de Israel) o ‘*exagerado*’ (C.D. del Consumidor del Brasil), ‘*sustancial y no justificado*’ (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las ‘**que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos**’, en cuyo caso ‘*[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza*’, no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y ‘*en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho*’ (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12), prohíben estipular”⁵¹ (se resalta).

Puestas así las cosas, con fundamento en los anteriores argumentos, el fallo anticipado objeto de apelación se revocará y, en su lugar, se declarará nula la transacción que soportó la excepción que en ese sentido arguyó la demandada y en que se cimentó la sentencia recurrida; como consecuencia de ello, la actuación retornará al fallador de primer grado para que continúe el trámite procesal que corresponda y dirima el litigio mediante sentencia definitiva; esto es, previo agotamiento de las etapas procesales previstas en la ley. Sin condena en costas ante la prosperidad del recurso de alzada (artículo 365 del CGP).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁵¹ Sentencia del 19 de octubre de 2011. Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01

RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia anticipada de 7 de mayo de 2020 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia; en consecuencia, declarar nula la transacción que soportó la excepción que en ese sentido adujo la demandada y en que se cimentó la sentencia recurrida y, en su lugar, ordenar al *a quo* continuar con el trámite que legalmente corresponda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo. Sin condena en costas ante la prosperidad del recurso de apelación (artículo 365 del CGP).

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

(Rad. No. 110013199003201801214 01)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

(Rad. No. 110013199003201801214 01)



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

(Rad. No. 110013199003201801214 01)