



JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., trece (13) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Proceso: Protección al consumidor

Demandante: Anibal Valencia Buitrago

Demandado: Grupo Empresarial Oikos

Radicado: 110012900000020945925 01

Se encuentran las diligencias al despacho para resolver el recurso de apelación en contra de la sentencia calendada 27 de agosto de 2019, proferida por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

ANTECEDENTES

1.-Mediante apoderado judicial el ciudadano, Aníbal Valencia Buitrago, interpuso acción de protección al consumidor en contra de la sociedad, Grupo Empresarial Oikos S.A.S., con base en los siguientes supuestos facticos:

Indicó que él suscribió contrato de encargo fiduciario con el Grupo Empresarial Oikos, para la adquisición de una unidad inmobiliaria en fase de "preventa" ubicada en el conjunto Monterrey Etapa 1.

Que el precio pactado fue el total de \$619' 664.600, con una cuota inicial de \$185'964.600 y el saldo \$433'700.000, se financiarían,

Indicó el demandante, que canceló la suma de \$35'500.000.

Que la unidad inmobiliaria pretendida por el demandante *"no ha sido construida"* y, por esa razón desistió del contrato *"carta de instrucciones # 10043242158"*, pues el proyecto inmobiliario se pretende construir en el Municipio de Cajicá, Cundinamarca, lugar que



Juzgado Trece Civil del Circuito

no es conveniente para la salud de su suegra, pues es una mujer adulta de 83 años, a quien no le conviene el clima frío.

Expresó que en reiteradas ocasiones solicitó la devolución del dinero sin obtener respuesta a favor.

Señaló que el Grupo Empresarial Oikos, indicó que en atención a su solicitud desistimiento le aplicaría la cláusula penal equivalente al 20%, unos \$123'932.920. Es decir, que el monto cancelado como cuota inicial sería deducido.

Que la empresa ofreció, que con lo abonado, aceptar como pago la cláusula penal, sin cobrar el saldo, postura que considera abusiva, razón por la que solicita se de aplicación a lo dispuesto en el 11 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, a fin de que se reintegre el valor del dinero cancelado como parte de la cuota inicial.

2. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, admitió la acción en auto del 11 de marzo de 2019, ordenó notificar a la demandada conforme lo prevé el art. 369 del C.G.P.

La sociedad demandada se notificó por aviso de la mencionada providencia, quien, dentro de la oportunidad legal, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, indicando que el consumidor fue informado de las sanciones que prevé la carta de instrucción por desistir del encargo fiduciario (folios 55 al 58).

Trabada la relación jurídico procesal, el *a-quo*, señaló fecha para llevar cabo audiencia inicial y decretó las pruebas pedidas por lo extremos procesales (folios 93 y 93 vuelto).



Juzgado Trece Civil del Circuito

Evacuada a audiencia, señaló fecha y hora para llevar término la etapa de instrucción y juzgamiento. Practicadas las pruebas, el Funcionario de primer grado, profirió sentencia estimatoria, en la que ordenó la devolución del valor cancelado por el consumidor, junto con su corrección monetaria.

Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de reposición el cual, fue desestimado, por improcedente, y concedió el recurso vertical, teniendo en cuenta los reparos que indicó en la censura.

3.RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada señaló 6 reparos a la sentencia de primer grado, los cuales se sintetizan así:

El primero, refiere a que el *a-quo*, aplicó de manera incorrecta la Ley 1480 de 2011, ello porque, en su sentir, el numeral 2 de la Carta de Instrucciones No 10043242158 “(...) *no puede ser considerada una clausula abusiva o como desequilibrio injustificado (...)*” porque el encargo de preventas y sus instrucciones se rige conforme a lo establecido en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera.

De acuerdo a la carta de instrucciones, la clausula mencionada “(...) *si contempla una consecuencia en caso de que no se llegare a cumplir con las condiciones pactadas, esto es, con el punto de equilibrio o condiciones de giro (...)*”. Y en caso de no cumplirse esta condición, el giro le serian devueltos los aportes más sus rendimientos.

En suma, el apelante, considera que la memorada cláusula, cumple con lo establecen en la Ley 1480 de 2011, pues el cliente recibió la información suficiente y anticipada, el idioma utilizado es el castellano y las condiciones del contrato.



Juzgado Trece Civil del Circuito

En segundo lugar, señaló que el Funcionario realizó una inadecuada sustentación normativa del fallo; ello porque según, la cláusula segunda de la carta de instrucciones no representa un desequilibrio injustificado a la luz del art.43 del Estatuto del Consumidor.

Por otro lado, señaló que el operador judicial citó una normativa inaplicable al caso concreto -Ley 79 de 1998-, la cual solo es aplicable para el sector solidario.

También destacó que la delegatura para asuntos jurisdiccionales dejó a un lado a la Fiduciaria, siendo que, el Estatuto Orgánico Financiero, establece varios principios; como la libertad de elección, la transparencia e información cierta y oportuna.

Que, en ese orden de ideas, el juez de primer grado desconoce las instrucciones irrevocables dirigida a la Fiduciaria dentro de una etapa o fase de preventas, la cual cumple con los principios antes señalados.

De ahí que, al conocer el cliente la sanción del 20% por desistimiento del negocio, no puede tildarse de desequilibrio, y, encuadre en aquellas que ponga en ventaja al contratante, pues esa consecuencia es clara e informada al momento de hacer la vinculación.

Tampoco es plausible establecer una sanción recíproca “ (...) por el no cumplimiento de una obligación condicional por parte del constituyente, dentro del encargo fiduciario de preventas (...)” pues ello desnaturaliza el negocio fiduciario.

de primer grado son inaplicables al caso concreto, pues no constituye precedente judicial, no produce efectos de erga omnes y adicionalmente contiene un salvamente de voto la sentencia dictada dentro del proceso radicado bajo el número 2016-75988, por el



Juzgado Trece Civil del Circuito

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Lo que configuraría en defecto sustantivo la sentencia.

Agregó que el negocio fiduciario se encontraba en una etapa distinta a la indicada en la sentencia citada, pues en la decisión citada como apoyo a la sentencia de primera instancia, revela que el conflicto se originó en una etapa distinta al negocio que atañe este juicio, como lo es, la preventa.

Indicó, además, que en la carta de instrucciones se estableció un plazo máximo para encontrar un punto de equilibrio -1 de agosto de 2020-, en cuyo caso, se contempla la obligación de la fiducia en devolver los aportes junto con sus rendimientos.

De ahí que, el demandante jamás perdería, descartando que exista un desequilibrio injustificado en favor del constituyente.

Por otro lado, manifestó que el demandante incumplió con los deberes de consumidor, pues éste omitió en informarse correctamente acerca del producto que está adquiriendo, obligación que establece el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011.

Otro de los reparos que soslayó el recurrente al fallo de primer grado, es el desconocimiento de las consecuencias del desistimiento del negocio en etapa de preventa. Estos teniendo en cuenta que “ *las partes de manera libre y voluntaria convinieron un veinte (20%) del valor*”.

4.CONSIDERACIONES

4.1.-Sea lo primero señalar que este Despacho es competente para conocer del presente asunto teniendo en cuenta la naturaleza de la acción y su cuantía.



Juzgado Trece Civil del Circuito

Por otra parte, se encuentran presentes los presupuestos procesales para proferir sentencia de segundo grado, pues no se observa ningún vicio de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado.

Por otra parte, advierte que la competencia de esta superioridad se contrae únicamente a los reparos concretos que indicó el apelante en su sustentación, de manera que, se estudiaran uno a uno en el orden en que fueron expuestos.

Antes de abordar cada uno de los puntos de la apelación; es menester memorar, que las cláusulas abusivas figuran taxativamente enunciadas en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 y, se encuentran definidas en el artículo 42 ídem; como aquellas que conllevan a un desequilibrio injustificado en contra del consumidor y que afecten el modo en que éste pueda ejercer sus derechos.

Respecto de las cláusulas abusivas ha indicado la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- que el criterio que se sigue es el siguiente “(...) **a) no ha sido negociada de manera individual; b) violenta la buena fe negocial; y c) genera un desequilibrio relevante de los derechos y obligaciones de las partes del contrato (...)**”⁴.

Que de encontrarse alguna cláusula que se ubique en alguno de los anteriores criterios, prevé el artículo 44 ídem, su ineficacia de pleno derecho.

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670, MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.



Juzgado Trece Civil del Circuito

Descendiendo al caso bajo estudio y, frente al primero de los reparos que indicó el apelante y que tituló *"incorrecta aplicación de la ley 1480 de 2011"*, de antemano el Despacho advierte que carece de fundamento jurídico, pues contrario a su dicho, a este asunto le es aplicable la normativa antes citada, esto teniendo en cuenta que la demandada ofrece el servicio de venta de inmuebles a personas naturales y jurídicas, actividad que, incluso se encuentra registrado en el certificado de Existencia y Representación legal. Esto indica que la demandada es un proveedor de bienes inmuebles, y, que su actividad comercial es de consumo, razón por la que es aplicable el estatuto de protección al consumidor (art. 2º de la ley 1480 de 2011).

Además, el demandante es consumidor final, pues él, es una persona natural no comerciante, que pretendió adquirir un inmueble para uso particular y que fue ofrecido por la sociedad demandada (numeral 3º art 5 de la ley 1480 de 2011).

Tampoco había lugar a vincular a la Fiduciaria –Alianza Fiduciaria S.A.- por dos razones, la primera; porque ésta, no hizo parte del contrato (carta de instrucciones) y, su actividad económica está bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera (art. 29 del E.O.S.F.).

Y la segunda, porque incluso dentro del contrato objeto de la presente acción se indicó que Alianza Fiduciaria S.A. *"(...) no es constructor, gerente, promotor, vendedor, veedor (...)"* dejando claro que, el único responsable es el constituyente, es decir –Grupo empresarial Oikos-. (Ver cláusula 7 del contrato).

Respecto de la circular básica jurídica expedida por la Superintendencia Financiera a la que alude el apelante, no es aplicable



Juzgado Trece Civil del Circuito

al caso bajo estudio, toda vez que la actividad económica que ejerce la demandada es vigilada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Del anterior análisis se concluye, que al presente caso le es aplicable el estatuto de protección al consumidor y, por ende, hay lugar a revisar la cláusula dos inserto en la carta de instrucciones, a fin de verificar que ésta no sea de aquellas que lleven a justificado desequilibrio en contra del consumidor.

Respecto de la cláusula objeto de reclamo y de protección por parte del demandante –cláusula dos- en la que se sanciona al beneficiario con el 20 % del valor de la unidad inmobiliaria, en caso de desistir del negocio. Es de recordar que toda venta de productos o servicios obliga al productor o proveedor a brindar al consumidor una información certera, suficiente y expresa sobre el bien comercializado y no inducir a error.

Y si bien nuestra legislación -artículos 1592 y siguientes- del Código Civil-, está prevista la cláusula penal, como manera de tasar anticipadamente los perjuicios ante un eventual desistimiento, esto no quiere decir, que sea válida la sanción, toda vez que, cuando el consumidor pretende adquirir bienes o servicios, es menester precaver en incluir cláusulas que otorguen un desequilibrio injustificado, en otras palabras, que otorguen ventaja en favor del vendedor, siendo esta, la parte dominante dentro de la relación contractual.

De ahí que, considere esta Judicatura, que esta cláusula penal inserta dentro de las instrucciones, va en detrimento del consumidor. Pues su



Juzgado Trece Civil del Circuito

deseo fue rescindir el negocio, sancionándose de manera anticipada y, sin que se verifique incumplimiento por parte del consumidor.

El desequilibrio injustificado en contra del demandante se encuentra latente porque solo fue establecida para el beneficiario, mientras que para la sociedad constituyente –demandada– no existe.

Aun si admitiera la hipótesis planteada por el apelante, la devolución del dinero junto a sus rendimientos, previo descuento de tasas, impuestos y contribuciones de cualquier orden), no puede considerarse como una penalidad, porque la manera en que fue redactada la cláusula hace concluir que ello corresponde a una condición que se da en caso de no cumplirse el equilibrio para desarrollar el proyecto inmobiliario.

De lo anterior analizado encuentra el Juzgado acertada la decisión del *a-quo*, en señalar como abusiva la cláusula prevista en el numeral dos de la carta de instrucciones.

Respecto del segundo reparo, el Despacho no encuentra una indebida sustentación del fallo y, pese a que indicó una norma no aplicable al caso concreto, ello no da lugar a revocar el fallo o a modificarlo, pues ello obedece a un error de redacción o de vocalización en la audiencia, aunado a que, ello no incide de manera determinante en la decisión y, puede enmendarse conforme lo prevé el art. 286 del C.G.P.

Tampoco hay lugar a aplicar las normas de concernientes a la fiducia mercantil, pues la demandada fue constituida como una sociedad por acciones simplificada y no como un patrimonio autónomo.



Juzgado Trece Civil del Circuito

Del tercer reparo, el Juzgado no encuentra asidero jurídico para despachar favorablemente su censura frente al fallo, toda vez que, los jueces son independientes en sus decisiones, es decir, cada operador jurídico puede a su criterio citar sentencias o jurisprudencia que considere aplicables al caso.

Frente a los reparos 4, 5 y 6 a destacarse que el apalante, no puede trasladar la carga de la prueba al consumidor, ya que el numeral 3 del artículo 43 del C.G.P. así lo prohíbe. Además, la sociedad demandada tampoco probó que el demandante incumplió el contrato carta de instrucciones para que fuera merecedor de la cláusula penal.

Tampoco es plausible decir que el *a-quo* desconoció las consecuencias jurídicas frente al desistimiento del negocio por parte del beneficiario, ya que conforme se analizó en líneas anteriores, aquí el problema jurídico consistió en determinar si la sanción por desistimiento vulneraba el estatuto del consumidor, problema jurídico que fue despejado en líneas anteriores.

Tampoco el embate jurídico consistió en que parte incumplió el contrato, o si la demandada lo cumplió, ya que ello escapa de la acción de protección al consumidor, debido a la naturaleza de la misma, sin que sea necesario verificar cual de las partes incumplió o cual se allano al cumplimiento.

Sean estas las razones por las que se confirmará la sentencia opugnada.



Juzgado Trece Civil del Circuito

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Trece Civil del Circuito administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

Primero: CONFIRMAR la sentencia calendada 27 de agosto de 2019, proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Segundo: Condenar en costas a la parte apelante, inclúyase en ésta la suma de \$1'000.000, como agencias en derecho. Líquidense.

Tercero: Devuélvase el expediente a la autoridad Jurisdiccional de origen a través de los medios tecnológicos dispuestos y autorizados por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Gabriel Ricardo Guevara Carrillo', with a horizontal line underneath.

GABRIEL RICARDO GUEVARA CARRILLO

JUEZ