



JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO

j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D. C., 22 de septiembre de 2023

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

Asunto: **VERBAL – ACCIÓN PROTECCIÓN CONSUMIDOR**

Radicación: **110012900000 2020 31940 02**

Demandante(s): **MARÍA CLEMENCIA SALAS PERILLA**

Demandado(s): **LAB DESARROLLO S.A.S. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo FIDEICOMISO RECURSOS ANDES**

Decisión: **SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA – CONFIRMA**

II. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede este estrado judicial a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte la accionada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Recursos Andes, respecto a la sentencia de primer grado proferida por la Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio fechada 22 de febrero de 2022, previo estudio de los siguientes:

III. ANTECEDENTES

3.1. María Clemencia Salas Perilla actuando a través de apoderada judicial, instauró acción de protección al consumidor contra Lab Desarrollo S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Andes, para que previos los trámites respectivos “1. Se declare que la cláusula novena del contrato de

vinculación suscrito entre las partes constituye una cláusula abusiva que genera un desequilibrio entre las partes, el cual vulnera los derechos de mi poderdante y es lesiva ya que la deja en desventaja frente a los aquí demandados. 2. Como resultado de la declaratoria solicitada en la pretensión uno, se tenga como ineficaz la cláusula novena. 3. Consecuentemente con las declaraciones anteriores, se ordene a las aquí demandadas a efectuar la devolución de la totalidad del dinero consignado por mi poderdante en calidad de aportes, valor que asciende a la suma de CIENTO SEIS MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL PESOS M/CTE (\$106.570.000=), el cual deberá devolverse INDEXADO a la fecha en que se haga efectiva su entrega.”

3.2. La delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, a quien se le asignó el asunto en primera instancia procediendo a su admisión en acatamiento a lo dispuesto por este estrado judicial, decisión que le fuera intimada a las demandadas y frente a la que, oportunamente Acción Sociedad Fiduciaria S.A. única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Recursos Andes se opuso al éxito de las pretensiones, formulando las excepciones de mérito que denominó “ *La cláusula novena del Contrato de vinculación no es abusiva; El desistimiento de la demandante corresponde a un incumplimiento contractual y por lo tanto tiene la obligación de indemnizar perjuicios; Mala fe e Indebida aplicación e interpretación de la sentencia No. 5737 del 28 de septiembre de 2012 – no aplica al caso concreto*”.

IV. LA SENTENCIA APELADA

Agotadas las etapas legales, la autoridad de primera instancia definió el litigio **i)** declaró que la sociedad LAB DESARROLLO S.A.S. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo FIDEICOMISO RECURSOS ANDES, vulneraron los derechos de la consumidora; **ii)** declaró abusiva la cláusula No. 9 del contrato de vinculación encargo No. 1200074224, y por ende ineficaz de pleno derecho; **iii)** ordenó a las sociedades LAB DESARROLLO S.A.S., identificada con el Nit.900095238-8 y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo FIDEICOMISO

RECURSOS ANDES, identificada con el Nit. 805012921-0, a título de efectividad de la garantía y en favor de MARÍA CLEMENCIA SALAS PERILLA, identificada con la C.C. No. 51589040, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria providencia emanada, proceder con el reembolso de setenta y un millones cuarenta y cuatro mil pesos m/cte. (\$71.044.000), valor descontado como cláusula penal y objeto del presente litio. Las sumas referidas deberán indexarse con base en el I.P.C. para la fecha en que se verifique el pago, empleando para el efecto la siguiente fórmula: $V_p = V_h \times (I.P.C. \text{ actual} / I.P.C. \text{ inicial})$ en donde V_p corresponde al valor a averiguar y V_h al monto cuya devolución se ordena; **iv)** ordenó a la parte demandante que, dentro del término improrrogable de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo concedido para darle cumplimiento a la orden impartida en la Sentencia, informe a ese despacho si la demandada dio cumplimiento o no a la orden dada, lo anterior, con el objetivo de dar inicio al trámite jurisdiccional de verificación del cumplimiento, conforme lo señalado en el numeral 11° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, so pena de declarar el archivo de la actuación en sede de verificación del cumplimiento, con sustento en el desistimiento tácito contemplado en el numeral 1° del artículo 317 del Código General del Proceso; **v)** el retraso en el cumplimiento de la orden causará una multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por el equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; **vi)** en caso de persistir en incumplimiento de la orden que se imparte la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá decretar el cierre del establecimiento de comercio, de conformidad con el literal b) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; **vii)** sin perjuicio del trámite de la imposición de alguna de las sanciones previstas en los numerales que anteceden, téngase en cuenta que la sentencia presta mérito ejecutivo y ante el incumplimiento de la orden impartida por parte de la demandada, el consumidor podrá adelantar ante los jueces competentes la ejecución de la obligación; y **viii)** condenar en costas a la parte demandada. Para el efecto se fija por concepto de Agencias en Derecho, atendiendo los lineamientos que en tal sentido ha establecido el Consejo Superior de la Judicatura, la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000) que serán pagados por dicho extremo procesal. Por Secretaría efectúese la correspondiente liquidación.

V. LA IMPUGNACIÓN

Contra lo así resuelto, se alzó en apelación la pasiva quien sostuvo que mal hizo el despacho de primera instancia en establecer que la cláusula penal establecida en la cláusula novena del contrato no era recíproca pues es incluso mucho mayor a la establecida ante el desistimiento del demandante. Este error del despacho de primera instancia tiene base en no haber analizado la totalidad del contrato, tal y como lo ordena el artículo 42 del Estatuto del Consumidor y, además, en no identificar que el 0.5% que juzgó como “muy poco” es una suma mensual, que se seguirá computando hasta el cabal cumplimiento del demandado.

Agregó que contrario a lo establecido por el despacho de primera instancia, en el presente caso no hay una relación de consumo y, por lo tanto, la demandante no es objeto de protección del estatuto del consumidor.

Por ende, solicita se revoque la sentencia proferida el pasado 22 de febrero de 2022 por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio y se desestimen las pretensiones de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se hallan reunidos a cabalidad y sobre ellos no hay lugar a reparo alguno. Así mismo, examinada la actuación rituada en ambas instancias no se observa irregularidad que pueda invalidar lo actuado; por tanto, se dan las condiciones necesarias para proferir sentencia de mérito.

2. La inconformidad del extremo demandado se funda en que la cláusula penal invalidada de forma errónea por el juez de primera instancia, está justificada en resarcir los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato originado en desistimiento de cualquiera de las partes, que, para el caso en específico resulta fundamental pues, en los proyectos inmobiliarios se entrega el proyecto una vez se logra el punto de equilibrio atendiendo el número de personas vinculadas a estos, que, al desistir de sus contratos

(incumpliendo el contrato) le hacen un daño inmenso a este pues, la entrega de los apartamentos se vería atrasada por razón de tal desasimiento.

3. El artículo 78 de la Constitución Política Nacional, consagra la protección de los derechos al consumidor, determinándose que los bienes y servicios ofertados en el mercado, deben contar con calidad e idoneidad y seguridad de los productos.

Así mismo, refiere dicho texto legal que es menester brindar suficiente información al público, para que, en un acto racional y cierto, adquiera los productos ofrecidos y comercializados. En desarrollo del texto constitucional, el legislador patrio emitió la Ley 1480 de 2011, donde establece como derecho del consumidor, la protección contractual, siendo protegido el usuario de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Allí precisamente ordena a estos a responder en los contratos de adhesión, pues las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, pero el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas, conforme al numeral 4° del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011.

4. De la documental obrante en el proceso, se desprende que la actora suscribió un contrato de vinculación para adquisición de una unidad de vivienda residencial, posteriormente que la demandada hizo efectiva la cláusula novena del referido contrato consistente en que de llegar a desistirse del mismo lo procedente será la devolución de los recursos aportados previo descuento de la comisión de administración de la fiduciaria equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, el valor correspondiente al gravamen a los movimientos financieros y de una suma igual al veinte por ciento (20%) del valor total de los aportes que se compromete a entregar el beneficiario de área en virtud aludido contrato, a título de pena a favor del fideicomitente.

5. Así las cosas, pasará este juzgado a estudiar los argumentos esgrimidos por el impugnante a efectos de dirimir si es procedente o no revocar la sentencia fustigada.

5.1. En lo que respecta, al reproche de que la cláusula novena del mentado contrato no es abusiva, en la medida en que la misma es recíproca y congruente en caso de desistimiento tanto para el demandante como para el demandado y tiene una fecha específica para su aplicación, conviene memorarse que el legislador en la Ley 1480 de 2011 en su artículo 42 ha establecido cuando se considera abusiva una cláusula de un contrato como el que nos ocupa, esto es:

Concepto y prohibición. *Son cláusulas abusivas aquellas 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. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.*

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”

5.2. Luego, para que la apelación objeto de estudio pueda salir adelante será relevante demostrarse en esta instancia que en efecto la cláusula tantas veces aludida no cumple con las condiciones señaladas para considerarse como abusiva y así entenderse que no se trasgrede derecho alguno de la demandante (consumidora).

Veamos, alega el censor que la cláusula novena es bilateral, equivalente y recíproca para todos los contratantes, es decir, está establecida tanto como para el demandante como para el demandado, y está llamada a indemnizar a la parte cumplida frente al incumplimiento de la contraparte sea quien sea. Es decir, no hay un desequilibrio en contra del consumidor el cual, al igual que la constructora se encuentra en la obligación de cumplir con sus compromisos y la parte incumplida en el deber legal de resarcir los daños causados, sin embargo, esta tesis no es de recibo del despacho, dado que, si lo anterior fuera cierto la sanción como consecuencia del incumplimiento de la hoy demandante respecto del contrato tendría que ser idéntico a un eventual incumplimiento de la demandada y ello no ocurre, pues los

escenarios en el caso de incumplimiento de uno y del otro respecto al contrato, como ya se dijo son totalmente disimiles, pues allí se indicó:

“Si EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA incurre(n) en mora superior a treinta (30) días calendario en cualquiera de las cuotas establecidas en la parte inicial del presente contrato o solicita(n) la terminación(desiste(n) o se retira(n)) del presente contrato y, por tanto, deba procederse a la devolución de los recursos aportados hasta esa fecha por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA, antes de que se cumplan las condiciones contenidas en la presente contrato, estando El FIDEICOMITENTE GERENTE dentro del término para acreditarlas, ACCION por instrucción de EL FIDEICOMITENTE GERENTE devolverá dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a dicha Instrucción, los recursos que se encuentren en el encargo fiduciario abierto para el recibo de los recursos, mediante cheque girado a El (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA con cruce restrictivo puesto a su disposición en las oficinas de ACCION en la ciudad de Bogotá, previo descuento de la comisión de administración de la fiduciaria equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente (0.5 SMLMV), el valor correspondiente al gravamen a los movimientos financieros (GMF) y de una suma igual al veinte por ciento (20%) del valor total de los aportes que se compromete(n) a entregar EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA en virtud del presente contrato, a título de pena a favor de EL FIDEICOMITENTE GERENTE; en todo caso, dicha suma no podrá ser superior al valor total de las sumas efectivamente aportadas por éste; quedando en libertad EL FIDEICOMITENTE GERENTE de vincular con relación Página 3 de 12 a(l)(los) beneficios (es) de que trata(n) el presente contrato, otros terceros. En la misma forma se procederá en caso que la decisión de terminar el presente contrato por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA se dé una vez cumplidas las condiciones establecidas en este contrato para la entrega de recursos a El FIDEICOMITENTE GERENTE, pero en tal caso, EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA deberá(n) esperar hasta que a la unidad que constituye su beneficio se haya vinculado a un tercero mediante la suscripción del respectivo contrato de vinculación. EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA desde ya autoriza(n) a LA FIDUCIARIA para descontar los recursos antes mencionados y girarlos a quién corresponda en los términos antes establecidos.”.

Pero *“Sí LOS FIDEICOMITENTES no realizan la entrega del inmueble en la fecha estimada por causas Imputables únicamente a estos, que no se deriven de un caso fortuito o fuerza mayor o por orden de autoridad Competente y no obedezcan al ánimo de no recibir el inmueble por parte de (EL)LOS BENEFICIARIO(S) DE AREA, EL FIDEICOMITENTE GERENTE responderá frente a (El)LOS BENEFICIARIO(S) DE ÁREA con una suma equivalente al punto cinco por ciento (0,5%) mensual o proporcional por cada día de retardo en la entrega”.*

Queda entonces en evidencia que la cláusula cumple con los elementos suficientes para ser declarada como abusiva tal y como lo determinó el sentenciador de primer grado, pues, nótese que esta conlleva a un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor cuando la sanción en caso de incumplimiento es muy superior, a que, si el incumplimiento lo causara el proveedor, es decir, la hoy demandada.

Al respecto, la Corte precisó que: (...) *son ‘características arquetípicas de las cláusulas abusivas primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes’.* (CSJ SC de 13 dic. 2002, rad. nº 6462).

En esta misma línea la doctrina especializada, al referirse al control de las condiciones generales abusivas de los contratos, que *«(l)os límites al ejercicio de la actividad empresarial están entonces ordenados también a perseguir aquella situación de aprovechamiento económico. Las formas en que se manifiesta este desequilibrio son innumerables: (...) En breve reseña, dichos instrumentos consisten particularmente, y en primer término, en la predisposición unilateral de condiciones negociales uniformes y abusivas. (...) El derecho del consumidor a la seguridad económica y su correlato, el deber legal de garantía de la empresa, abrazan, como sustento de jerarquía constitucional y dentro de un plexo defensivo de derechos humanos fundamentales, el imperativo del control de las cláusulas abusivas predispuestas en los contratos por adhesión. El objetivo de la protección postulada en estos términos es tema central de los modernos sistemas de*

control de los contratos, y –cuadre destacarlo una vez más- no consiste en hacer triunfar los derechos de una categoría social sobre los de otra, sino, en un marco de convivencia de intereses, restablecer la igualdad real en las relaciones negociales, amenazada en detrimento del consumidor.»¹

5.3. Y es que, si aquella como lo sostiene el apelante fuera para resarcir el daño que se causa por un incumplimiento a un proyecto de vivienda que tiene un punto de equilibrio, tendría que pactarse en idéntica condiciones en caso de que la parte incumplida fuese la fiduciaria en una hipotética mora en la entrega del apartamento adquirido por causa suya, y esto tampoco acontece.

5.4. Entorno al incumplimiento que le imputa el extremo demandado (apelante) a la demandante respecto al contrato, debe decirse que sobre ese particular la presente acción no puede ocuparse de ventilar tal controversia, toda vez que el objeto de esta solo será el resarcir los derechos del consumidor.

5.5. Para desvirtuar el argumento del apelante con relación a que la aquí demandante no ostenta la calidad de consumidora y, por tanto, esta no puede ser cobijada por la normativa protectora del consumidor, toda vez que, su relación como fideicomitente no la hizo para consumo propio sino, para una vez tuviera los derechos sobre el inmueble, introducirlo nuevamente en el mercado sin transformarlo, conviene acudir a lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 que contempla “3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.”

Lo esgrimido por el apelante no implica entonces que la actora no tenga la condición de consumidora, en la medida en que no se encuentra acreditado en el plenario que por el hecho de aquella adquirir un inmueble y

¹ *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Rubén S. Stiglitz, Gabriel A. Stiglitz, Ediciones Depalma, Buenos aires, 1985, págs. 11 a 12.*

a la postre tener el deseo de rentarlo o venderlo, pueda deducirse que ese negocio se traduce a su actividad económica y de este modo pueda no tener la condición tantas veces aludida.

6. Puestas de este modo las cosas, fácilmente se concluye que tuvo razón la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en primera instancia, al acceder a las pretensiones de la demanda; por ende, la decisión se ajustó con la realidad y las normas protectoras de los derechos de los consumidores, lo que conlleva a que deba confirmarse en su integridad la sentencia apelada.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, el 22 de febrero de 2022.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas en segunda instancia a la parte demandada, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$1'000.000,00. Por la entidad que dirimió la primera instancia, proceda a la respectiva liquidación.

TERCERO: En firma la presente providencia, **RETÓRNENSE** las diligencias al despacho de origen. Ofíciense y déjense las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE,


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza

NOTIFICACIÓN POR ESTADO:

La providencia anterior es notificada por anotación en estado No. **66 del 25 de septiembre de 2023**.



Rosa Liliana Torres Botero
Secretaria