

TEMA: SUSTRACCIÓN DE MATERIA - Nos encontramos en presencia de una sustracción de materia, porque precisamente el objeto de la pretensión se satisfizo, lo que imposibilita un pronunciamiento en los términos solicitados en la demanda. /

HECHOS: Los demandantes invocan se declare la responsabilidad civil contractual de las demandadas, por el incumplimiento de los contratos denominados encargos fiduciarios, donde Acción Fiduciaria S.A. actúa como fiduciaria; la Sociedad Promotora Inmobiliaria Mi Ciudad S.A.S. como fideicomitente y, los demandantes como beneficiarios de área. En primera instancia se declara la responsabilidad civil de orden contractual de la sociedad demandada Promotora Inmobiliaria Dublin SAS. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si ¿Es competente la justicia ordinaria para resolver las pretensiones concernientes a la protección del consumidor financiero? ¿Para el incumplimiento en la entrega de las unidades inmobiliarias se presentó un eximente de responsabilidad? ¿Se debe reconocer la totalidad de los perjuicios patrimoniales y extra-patrimoniales solicitados?

TESIS: (...) En efecto, un contrato se agota porque se ha cumplido con su objeto, lo que tiene ocurrencia cuando todas las obligaciones que de él emanan se han cumplido por los contratantes; en otros términos, ello implica que, si se invoca como soporte de las pretensiones, éstas quedan comprometidas, por estar soportadas en una relación sustancial inexistente. (...) Lo anterior permite colegir que con la celebración del contrato para la transferencia del dominio de las unidades inmobiliarias prometidas a los beneficiarios de área y, con la entrega material de las mismas, quedó agotado el contrato de vinculación al fideicomiso como beneficiarios de área y no podían subsistir al mismo tiempo los dos vínculos jurídicos, el contrato preparatorio que se extinguió con la celebración del contrato prometido - el de transferencia de dominio; pues en realidad, éste es el objeto del primero; en esencia, otras obligaciones que se acuerdan, como la determinación del objeto del contrato prometido y el precio, son obligaciones propias del acto convenido. (...) Es pertinente precisar que desde la demanda se afirmó por los demandantes que los señores Oscar Darío Arcila y Andrés Felipe Serna, se les entregó los apartamentos una semana antes de presentar la demanda y que se les obligó a renunciar a la posibilidad de demandar y reclamar perjuicios, conforme la cláusula 13 del acto escriturario; incluso, en tal sentido aluden a una declaración extra-juicio; de donde se puede colegir que se había cumplido con el acto solemne prometido, como es el de transferir el dominio sobre las unidades inmobiliarias prometidas. Con todo, si tal hecho solemne no se realizó y, tuvo lugar una vez presentada la demanda; como precisamente ocurrió con los demás demandantes, con la respectiva entrega material de las unidades inmobiliarias; hechos que fueron confesados por los demandantes en los interrogatorios que absolvieron y, además, en la fijación del litigio, las partes de común acuerdo los dieron por probados, nos encontramos en presencia de una sustracción de materia, porque precisamente el objeto de la pretensión se satisfizo, lo que imposibilita un pronunciamiento en los términos solicitados en la demanda. En este sentido, la Sala Segunda de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 21 de agosto de 2014, en el proceso ordinario instaurado por el señor Mauricio Álvarez Botero en contra de la Sociedad Grupo Monarca S.A., radicado No. 05266-31-03-002-2010-00344-01, se pronunció en los siguientes términos: “1. La sustracción de materia. “En el curso de un proceso se pueden presentar fenómenos que no le permiten al juez abordar la pretensión del proceso para emitir un pronunciamiento en torno a ella; algunos de ellos están tipificados como causal de terminación del proceso, como ocurre con la transacción, el desistimiento, el pago en el proceso ejecutivo, entre

otros. (...) Y con ese soporte coligió que “Como el contrato de compraventa perdió vigencia, por sustracción de materia sobra cualquier examen en torno a su validez, como tampoco es posible emitir pronunciamiento sobre la pretensión invocada para su resolución con las consecuenciales”. Por sustracción de materia no se requiere el abordaje de otros puntos objeto de impugnación ni de otras consideraciones, para colegir que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, pero para no hacer más gravosa la situación de los demandantes por ser los únicos apelantes, se confirmará la sentencia de primer grado. (...)

M.P: LUIS ENRIQUE GIL MARÍN

FECHA: 19/12/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso	Verbal
Radicado	05001310300220210028201
Demandante	Oscar Darío Arcila González y otros
Demandada	Acción Fiduciaria y otros
Providencia	Sentencia No. 031
Tema	Ejecución del contrato de vinculación. Extinción del contrato preparatorio con la celebración del contrato prometido y con la entrega de los bienes prometidos. Sustracción de Materia. Carencia de objeto. Jurisprudencia.
Decisión	Confirma
Ponente	Luis Enrique Gil Marín

I. OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la demandada, contra la sentencia proferida por el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, en el proceso verbal instaurado por **CAROLINA MARCELA VILLADA VELÁSQUEZ, PABLO ANDRÉS MADRID PINEDA, ELIANA CORREA SALAZAR, LUZ EUGENIA SALAZAR, ÓSCAR DARÍO ARCILA GONZÁLEZ, JUAN CAMILO GALEANO MEJÍA, LUISA FERNANDA HERRÓN ARGÁEZ, DANIEL HUMBERTO RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS NAGLES CARDONA, RICARDO JOSÉ HERNÁNDEZ ANTEQUERA, ANDRÉS FELIPE SERNA VÁSQUEZ y MÓNICA LENIS GUTIÉRREZ VÁSQUEZ**, contra **ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., y PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: Los demandantes como pretensiones principales invocan: Se declare la responsabilidad civil contractual de las demandadas, por el incumplimiento de los contratos denominados encargos fiduciarios, identificados con los seriales Nos. 1300070062, 1300071626, 1300087749, 1300070035, 1300079800, 1300087748 y 1300070014, donde ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. actúa como fiduciaria; la SOCIEDAD PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S. como FIDEICOMITENTE y, los demandantes como BENEFICIARIOS DE ÁREA; en consecuencia, condene a PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., y/o PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S. y, en consecuencia: a: i) cumplir con los encargos fiduciarios suscritos con los demandantes y, a entregar real y materialmente las unidades inmobiliarias prometidas a cada uno de los beneficiarios de área, conforme a los encargos fiduciarios, ii) pagar los perjuicios ocasionados a los pretensores, por la mora en la entrega de las unidades inmobiliarias; iii) cancelar a favor de los demandantes el 5% del valor de los encargos fiduciarios, que corresponde a la penalidad prevista en la cláusula 18 de dichos contratos, así como el valor de los cánones de arrendamiento cancelados por los pretensores; cuyos montos pasa a discriminar.

Para proceder al pago de los perjuicios a que se contraen las pretensiones cuarta y quinta, se declare la nulidad absoluta de la cláusula 8 de los contratos de encargo fiduciario y se tenga por no escrita; consecuentemente, como las demandadas han incurrido en prácticas de abuso de posición dominante, se les sancione conforme a los arts. 21 de la Ley 1328 de 2009, 53 de la Ley 964 de 2005 y 208 del EOSF; condene a PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., y/o PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., al pago de los perjuicios morales causados a los demandantes en cuantía de \$35.000.000,00; indexadas al momento de proferir sentencia y condene en costas al extremo pasivo.

Como pretensiones subsidiarias, solicita: En caso de que no se acoja la pretensión sexta principal y, se tenga por escrita la cláusula 8 de los encargos fiduciarios; condene a PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., y/o PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., al pago de la indemnización allí prevista, a favor de cada uno de los demandantes, cuyos valores pasa a detallar; así como de los

perjuicios morales causados a los pretenses en cuantía de \$35.000.000,00; por último solicita, se condene en costas a las demandadas.

Elementos fácticos: Como soporte de estos pedimentos en esencia esgrime los siguientes hechos: Por escritura pública No. 3504 del 17 de junio de 2014, otorgada en la Notaría 25 de Medellín, se celebró el contrato de fiducia mercantil, donde se transfirió la propiedad del lote No. 4 del sector Las Lomitas del municipio de Sabaneta, con matrícula inmobiliaria No. 001-975623, para la constitución del FIDEICOMISO DUBLÍN S.A., donde funge como vocera y administradora ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. y, como fideicomitente PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S.; en la cláusula 8 se acordó lo concerniente a la entrega de las unidades inmobiliarias y, en la 18, lo referente a la cláusula penal; además, conforme con el art. 2 de la Ley 1328 de 2009, los encargos fiduciarios celebrados con los beneficiarios de área, son contratos de adhesión y fueron redactados por ACCIÓN FIDUCIARIA DUBLÍN S.A., entidad vigilada por la Superintendencia Financiera; correspondiendo la cláusula 8° a una cláusula abusiva, conforme las normas que regentan la materia; siendo ineficaz de pleno derecho o nula de nulidad absoluta; como lo ha señalado la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

En la cláusula 18 del modelo de contrato, sin explicación alguna, pero en claro desequilibrio para los demandantes, la fiduciaria permitió y redactó otra cláusula penal que sería aplicada al resto de obligaciones contractuales, excluyendo la entrega de las unidades inmobiliarias acordada en la cláusula 8, siendo la primera penalidad el 5% de la totalidad del valor del encargo fiduciario y, la segunda, el 0.3% mensual de los valores cancelados por los beneficiarios de área hasta que se haga la entrega y, renunciando a solicitar indemnización de perjuicios por este concepto; trae un cuadro comparativo de ambas cláusulas y sus distintos ítems; de donde considera que, el valor de la penalidad de la cláusula 8, es ínfimo e irrisorio, siendo una utopía pretender que con el mismo se repare la totalidad de los perjuicios causados a los demandantes; quienes a más de verse afectados moralmente, deben cancelar el arriendo de otros inmuebles, porque las unidades inmobiliarias no fueron entregadas el 20 de marzo de 2021, como se acordó; la fiduciaria no fue explícita ni se aseguró de que los beneficiarios de área conocieran el alcance de dicha diferencia contractual, conforme el numeral 4.1 del artículo 98 del EOSF y la Circular 54 de 2004; considera que, no obró en debida forma porque los beneficiarios de área al entregar su dinero confiaron en que lo

prometido se cumpliría y, que la presencia de la fiduciaria imprimiría el sello de seriedad y protección al consumidor financiero; amén, que la fiduciaria es responsable de la redacción de los encargos financieros, cuya cláusula 8 se torna ilegal de pleno derecho, por permitir un abuso de posición dominante.

La obligación principal de los beneficiarios de área es pagar el precio pactado y, de la fideicomitente entregar las unidades inmobiliarias a aquéllos; pero resulta tan irrisorio el monto que debe cancelar en caso de incumplimiento que, no tienen una verdadera obligación de entregar a tiempo; lo que resulta contrario a la penalidad prevista en la cláusula 18; el modelo de contrato de encargo fiduciario inmobiliario no está en la página de Acción Fiduciaria y, no consta si fue aprobado por la Superintendencia Financiera, en cumplimiento de lo previsto en el art. 146 del EOSF; por esta razón presentó derecho de petición ante dicha entidad, quien respondió que ello debe ser indagado directamente a la fiduciaria.

Como hechos relativos al incumplimiento contractual, afirma que, aproximadamente en el año 2016, el proyecto abrió su sala de venta y, desde entonces y hasta el año 2018, se celebraron con los pretensores como beneficiarios de área los encargos fiduciarios Nos. 1300070062, 1300071626, 1300087749, 1300070035, 1300079800, 1300087748 y 1300070014; en la cláusula octava se pactó un plazo de 24 meses para entregar las unidades inmobiliarias, contados a partir del inicio de la obra y, fijó un periodo de gracia de 6 meses adicionales, contados a partir del vencimiento del término inicial; el 20 de septiembre de 2018, se anunció el inicio de la construcción de la torre 1, según correo electrónico remitido a los beneficiarios de área; el plazo para la entrega se cumplió el 20 de septiembre de 2020, más los 6 meses de gracia, el plazo máximo sería el 20 de marzo de 2021; con excepción de los apartamentos asignados a Oscar Darío Arcila González y Juan Camilo Galeano, que fueron entregados una semana antes de la presentación de la demanda; la PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., cada vez aplaza más el cumplimiento, como consta en comunicado del 21 de mayo de 2021, donde informó que la entrega sería para finales del segundo trimestre de 2021.

Los inconvenientes y retrasos, asociados al confinamiento por casi 2 meses por el COVID-19, no superan los 6 meses de gracia pactados en el contrato para contrarrestar este tipo de imprevistos; sin embargo, la constructora se ha tomado casi 10 meses de período de gracia, lo que resulta injustificado, lo que para ésta

es normal; en vista de la suma irrisoria que debe cancelar conforme a la cláusula 8 de los encargos fiduciarios; además, la entrega de los bienes depende del cumplimiento de los requisitos previstos en el segundo inciso de la citada cláusula, de los cuales los demandantes cumplieron con los 3 primeros; esto es, han cancelado oportunamente sus obligaciones, solicitaron las remodelaciones a tiempo y tienen aprobado el crédito hipotecario con el Banco Davivienda y, para verificar el resto de los requisitos, elevaron varios derechos de petición a EPM, la Alcaldía de Sabaneta y a la constructora, para que informaran sobre el estado de las conexiones de servicios públicos domiciliarios, la certificación técnica de ocupación y el acta de recibido por parte de las autoridades competentes; la constructora en respuesta del 4 de junio, indicó que: *“las obras civiles de conexión a servicios públicos se encuentran terminadas; que el sistema de acueducto se encuentra en proceso de revisión con EPM y que se espera tenerlo terminado para finales de junio; que el edificio ya se encuentra cableado para la conexión de telecomunicaciones y que el servicio de gas ya cuenta con la conexión del proyecto por parte de EPM, para que cada propietario solicite su conexión individual”*; sin que hubieran recibido respuesta sobre el servicio público de energía.

Para el 28 de abril, según registro de visita de supervisión emitido por EPM, estaba pendiente por instalar la flauta definitiva desde las bombas de impulsión a los tanques de almacenamiento; faltaba el sistema de señal para los sensores de las bombas, hermetizar los tanques superiores, colocar tubería y cheques (sic) a los reboses de los tanques; supuestamente, para finales de junio estaría listo el sistema de acueducto y alcantarillado; pero estos hechos demuestran la parsimonia de la constructora para la ejecución de las obras; sometiendo a los beneficiarios de área a demoras injustificadas; sumado a lo anterior, resulta desconcertante que en la respuesta del 4 de junio, afirma que: *“no han iniciado la gestión de recibo de obra por parte del municipio, puesto que la entrega se realiza al finalizar el proyecto completo y a la fecha están en construcción de la torre 2 (...) “Dicha acta no es necesaria para continuar con el trámite de escrituración”*; para lo cual trae a colación lo previsto en el literal D, del inciso segundo y el párrafo primero del multicitado artículo 8, donde indican que, a pesar de ser facultativo para la constructora entregar a título de mera tenencia los bienes, lo cual ahorraría tiempo y perjuicios a los demandantes, la constructora se empeña en hacerlo después del trámite de escrituración e hipoteca, imponiendo requisitos

que no están previstos, como es la firma de la escritura pública, como consta en la citada respuesta.

Está acreditado con la prueba documental aportada, que existen otros tantos proyectos en el mismo sector, que abrieron sala de ventas con posterioridad y hoy en día, ya hicieron entrega de los apartamentos; consideran que no existe justificación para que la constructora se haya tomado más de 10 meses de gracia, para cumplir con la entrega de las unidades inmobiliarias; causando graves perjuicios económicos y morales a los beneficiarios de área; provocando en éstos sentimientos de frustración e impotencia al ver sus expectativas de vivienda familiar postergadas; amén, de la cuota del crédito hipotecario que tienen que cancelar, sumado al valor de los cánones de arrendamiento que vienen pagando desde el 21 de marzo de 2021. El 17 de junio de 2021, la Administración Municipal de Sabaneta, dio respuesta al derecho de petición presentado el 19 de mayo, indicando que el proyecto Inmobiliario Dublín, no tiene el Certificado de Autorización de Ocupación de Inmueble, ratificando lo dicho por la constructora, quien informó que solo solicitaría dicho trámite cuando terminara la torre 2; lo que hace imposible que la constructora cumpla a mediano plazo con la entrega de los bienes, salvo que esté dispuesta a dejar de lado lo pactado en el encargo fiduciario; el 8 de junio se efectuó la reclamación directa para agotar la vía gubernativa ante la entidad vigilada por la Superintendencia Financiera; los pretenses están al día con el pago de sus obligaciones, estando legitimados para incoar la presente acción,

A pesar que a los señores Oscar Darío Arcila y Andrés Felipe Serna, se les entregó los apartamentos una semana antes de presentar la demanda, y se les obligó a renunciar a la posibilidad de demandar y reclamar perjuicios, conforme la cláusula 13 del acto escriturario; éstos en declaración extra-juicio manifestaron que no estaban dispuestos a renunciar a su derecho constitucional de demandar, solicitando a las demandadas modificar la citada cláusula, estando a la espera de ello.

Admisión de la demanda y réplica: El 27 de agosto de 2021, se admitió la demanda y, el 18 de noviembre adiado, se admitió la acumulación de la demanda instaurada por Mónica Lenis Gutiérrez Vásquez.

Notificada la codemandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., replicó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló los medios de defensa: **(i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) inexistencia de la obligación de entrega de las unidades inmobiliarias en fecha cierta; (iii) ausencia de abusividad en las cláusulas del contrato y, (iv) mala fe de la demandante.**

Por su parte, la codemandada PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., esgrimió como excepciones: **(i) inexistencia de la obligación de entrega de las unidades inmobiliarias en fecha cierta; (ii) fuerza mayor o caso fortuito; (iii) ausencia de abusividad en las cláusulas del contrato; (iv) ausencia de incumplimiento de la indemnización de perjuicios; (v) mala fe de la demandante y, (vi) ejecución del contrato de buena fe.**

PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., formuló los siguientes medios exceptivos: **(i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) ausencia de abusividad en las cláusulas del contrato y. (iii) mala fe de la demandante.**

Sentencia: Se profirió el trece (13) de octubre de 2022, con la siguiente resolución:

“PRIMERO: SE DECLARA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA en cabeza de las demandadas **SOCIEDAD ACCION FIDUCIARIA SA Y PROMOTORA MI CIUDAD SAS, por las razones y los argumentos expuestos en la presente providencia.**

“SEGUNDO: SE DECLARAN IMPRÓSPERAS LAS EXCEPCIONES DE MERITO invocadas por la parte demandada denominadas: i) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LAS UNIDADES INMOBILIARIAS EN FECHA CIERTA; ii) AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO E IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS y, iii) MALA FE DE LA DEMANDANTE por las razones y los argumentos expuestos en la presente providencia.

“TERCERO: SE DECLARAN PRÓSPERAS LAS EXCEPCIONES DE MERITO invocadas por la parte demandada denominadas: i) AUSENCIA DE ABUSIVIDAD EN LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO; ii) FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO; iii) EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE BUENA FE. tambien (sic) con fundamento expuestos (sic) en la presente providencia

“CUARTO: SE DECLARA la RESPONSABILIDAD CIVIL de orden **CONTRACTUAL** de la sociedad demandada **PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN SAS**, y a favor de los demandantes, por el incumplimiento de la primera en las obligaciones que le correspondían en el contrato de encargo fiduciario del proyecto **DUBLIN** a favor de los segundos, y con fundamento en las razones expuestas en la presente sentencia.

“QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, **SE CONDENA** a la sociedad demandada **PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN SAS** a pagar a favor de los demandantes las siguientes sumas de dinero a título de perjuicios en razón al 0.3% mensual sobre el valor cancelado por ellos de acuerdo al contrato de encargo fiduciario:

“- A favor de **PABLO ANDRÉS MADRID PINEDA Y CAROLINA MARCELA VILLADA VELÁSQUEZ** la suma de **\$2.063.877** correspondiente al 0.3% mensual del valor cancelado a razón de **\$114.659.862** y por 6 meses que demoró la entrega del inmueble entre abril de 2021 y septiembre de 2021.

“Suma de dinero que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, debidamente indexada asciende a la suma de **\$2.362.708** la cual deberá ser pagada por la sociedad demandada a los demandantes en un plazo de 10 días calendario contados desde la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de comenzar a generarse intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera.

“- A favor de **ELIANA CORREA SALAZAR Y LUZ EUGENIA SALAZAR** la suma de **\$1.462.500** correspondiente al 0.3% mensual del valor cancelado a razón de \$97.500.000 y por 5 meses que demoró la entrega del inmueble entre abril de 2021 y agosto de 2021.

“Suma de dinero que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, debidamente indexada asciende a la suma de **\$1.674.257** la cual deberá ser pagada por la sociedad demandada a las demandantes, en un plazo de 10 días calendario contados desde la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de comenzar a generarse intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera.

*“- A favor de OSCAR DARIO ARCILA GONZALEZ Y JUAN CAMILO GALEANO MEJIA, la suma de **\$1.075.200** correspondiente al 0.3% mensual del valor cancelado a razón de \$89.600.000 y por 4 meses que demoró la entrega del inmueble entre abril de 2021 y julio de 2021.*

*“Suma de dinero que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, debidamente indexada asciende a la suma de **\$1.230.880** la cual deberá ser pagada por la sociedad demandada a los demandantes en un plazo de 10 días calendario contados desde la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de comenzar a generarse intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera.*

*“- A favor de LUISA FERNANDA HERRÓN ARGAEZ Y DANIEL HUMBERTO RAMIREZ, la suma de **\$1.376.142** correspondiente al 0.3% mensual del valor cancelado a razón de \$91.742.810 y por 5 meses que demoró la entrega del inmueble entre abril de 2021 y agosto de 2021.*

*“Suma de dinero que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, debidamente indexada asciende a la suma de **\$1.575.395** la cual deberá ser pagada por la sociedad demandada a los demandantes en un plazo de 10 días calendario contados desde la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de comenzar a generarse intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera.*

*“- A favor de CARLOS ANDRES NAGLES CARDONA, la suma de **\$2.207.976** correspondiente al 0.3% mensual del valor cancelado a razón de \$122.665.373 y por 6 meses que demoró la entrega del inmueble entre abril de 2021 y septiembre de 2021.*

*“Suma de dinero que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, debidamente indexada asciende a la suma de **\$2.527.670** la cual deberá ser pagada por la sociedad demandada al demandante en un plazo de 10 días calendario contados desde la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de comenzar a generarse intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera.*

“- A favor de RICARDO JOSE HERNÁNDEZ ANTEQUERA, la suma de **\$1.432.153** correspondiente al 0.3% mensual del valor cancelado a razón de \$95.476.925. y por 5 meses que demoró la entrega del inmueble entre abril de 2021 y agosto de 2021.

“Suma de dinero que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, debidamente indexada asciende a la suma de **\$1.639.515** la cual deberá ser pagada por la sociedad demandada al demandante en un plazo de 10 días calendario contados desde la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de comenzar a generarse intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera.

“- A favor de ANDRÉS FELIPE SERNA VÁSQUEZ, la suma de **\$1.640.411** correspondiente al 0.3% mensual del valor cancelado a razón de \$136.700.925 y por 4 meses que demoró la entrega del inmueble entre abril de 2021 y julio de 2021.

“Suma de dinero que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, debidamente indexada asciende a la suma de **\$1.877.930** la cual deberá ser pagada por la sociedad demandada al demandante en un plazo de 10 días calendario contados desde la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de comenzar a generarse intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera.

“- A favor de MONICA LENIS GUTIÉRREZ VÁSQUEZ, la suma de **\$2.194.432** correspondiente al 0.3% mensual del valor cancelado a razón de \$146.295.497 y por 5 meses que demoró la entrega del inmueble entre abril de 2021 y agosto de 2021.

“Suma de dinero que, a la fecha de emisión de la presente sentencia, debidamente indexada asciende a la suma de **\$2.512.165** la cual deberá ser pagada por la sociedad demandada a la demandante en un plazo de 10 días calendario contados desde la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de comenzar a generarse intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera.

“SEXTO: SE NIEGA la solicitud del reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales puesto que los mismos no se acreditaron como lo exige la jurisprudencia, de conformidad con las razones expuestas en la motivación de la presente sentencia.

“SEPTIMO: SE NIEGA el reconocimiento de los perjuicios por cuenta de los cánones de arrendamiento solicitados por la parte demandante, atendiendo a que los mismos no fueron pactados como pagos que debía hacer la constructora demandada a favor de aquellos, más allá del porcentaje que en efecto se pactó y reconoció en el numeral quinto de la parte resolutive de la presente sentencia.

“OCTAVO: SE CONDENA en costas a la parte demandada pero solo en relación con PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLIN SAS. Y al momento de la fijación de las agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia y en relación con el incumplimiento de aquella sociedad.

“NOVENO: SE FIJA como agencias en derecho a favor de la parte demandante la suma de **\$941.680.**”

Como soporte de la decisión el juzgado indica que en la fijación del litigio, las partes aceptan la celebración de los contratos de encargo fiduciario; los que son válidos, quedando pendiente lo referente a la cláusula que se tilda como abusiva; dejando clara constancia que, en el transcurso de la audiencia se verificó que la codemandada PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., hizo entrega material y solemne a los demandantes de las unidades inmobiliarias que adquirieron; incluso, los pretensores al absolver los interrogatorios de parte, reconocieron que recibieron los apartamentos no solo en forma material sino que suscribieron las escrituras públicas, que los convierte propietarios o titulares del derecho real de dominio; punto que en la fijación del litigio se tuvo por acreditado y cumplido.

Seguidamente, como problemas jurídicos a resolver plantea: i) existe falta de legitimación en la causa de alguna de las demandadas; ii) acreditó la parte actora los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad que invoca; iii) existió incumplimiento o retraso injustificado de parte de la constructora PROMOTORA IMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., para la entrega de las unidades inmobiliarias a los demandantes; iv) ese incumplimiento generó a los pretensores

perjuicios materiales e inmateriales; v) se debe condenar a las demandadas a pagar los perjuicios causados a los demandantes, en cuantía del 5% o del 0.3%, según la cláusula que se deba aplicar y, vi) acreditados los presupuestos de la acción invocada, alguna de las excepciones propuestas está llamada a prosperar.

De entrada, procede a resolver la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Al efecto, frente a la ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., y PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S.; señala que la fiduciaria es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, su objeto social es la celebración y ejecución de todos los contratos y operaciones propias de la actividad fiduciaria; dentro de los servicios financieros suscribe contratos de fiducia mercantil, definidos en el art. 1226 del C. de Comercio; siendo independiente de los fideicomisos o patrimonios autónomos que administra, de donde colige que, el patrimonio propio de la fiduciaria no puede ser prenda de garantía de los acreedores de los fideicomisos que tiene a su cargo; salvo que se demuestre culpa o negligencia en la administración del patrimonio.

La demanda se promueve contra la fiduciaria, pero en calidad de vocera y administradora del contrato de fiducia, lo que limita a que dentro de esa actividad pueda llegar a ser condenada con algún tipo de sanción, en caso de no cumplir con sus deberes contractuales; de donde considera que, el Juzgado difiere de lo pretendido en torno a la aplicación de las sanciones en contra de la fiduciaria, porque no estamos en presencia de un proceso de protección al consumidor financiero, sino de un proceso verbal de responsabilidad civil contractual, por incumplimiento de las obligaciones a cargo del extremo pasivo; amén, que de la narración fáctica y del recaudo probatorio, no se desprende elemento alguno que dé cuenta que la fiduciaria incurrió en actos que conlleven a incumplir la obligación de entrega de los inmuebles a los demandantes; a lo que se suma, que se trata de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, por lo que concierne a dicha entidad, dentro del respectivo trámite imponer las sanciones en lo tocante a la protección al consumidor; lo que es ajeno a la naturaleza de este proceso; a más que dichas sanciones son a favor de la Superintendencia y no de quienes acuden a la jurisdicción; sin que se puede realizar ningún reproche a la fiduciaria con relación a lo pretendido como objeto principal del proceso.

En relación a la codemandada INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., precisa que, según lo afirmado por su representante legal en el interrogatorio de parte y,

conforme con la prueba documental adosada; resulta claro que cedió su posición contractual a la PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., quien a partir de la cesión, es la llamada a cumplir con las obligaciones contractuales, con relación a la construcción y entrega material de las unidades inmobiliaria que hacen parte del proyecto Inmobiliario Dublín; amén, que como igualmente lo afirmó el representante legal, ACIERTO INMOBILIARIO es la empresa comercializadora de los proyectos inmobiliarios y, si bien el proyecto inició con PROMOTORA MI CIUDAD S.A.S.; ésta cedió su posición contractual a PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., el 18 de julio de 2017, estando el proyecto en fase de venta, es decir, que para la fecha en que comenzó la construcción del proyecto, 20 de septiembre de 2018, inmobiliaria PROMOTORA MI CIUDAD S.A.S., no era la responsable de cumplir con los compromisos contractuales, como lo aceptó la parte actora; por lo que no se puede predicar, un incumplimiento por parte de PROMOTORA MI CIUDAD S.A.S.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de la SOCIEDAD ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., y PROMOTORA MI CIUDAD S.A.S., ya que no tienen participación directa en los contratos objeto del proceso; toda vez, que la fiduciaria actuó de forma exclusiva como vocera y administradora del fideicomiso y, la PROMOTORA MI CIUDAD S.A.S., actuó hasta el 18 de julio de 2017, que cedió su posición contractual; se tendrá como única demandada a PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S.

En torno a los elementos axiológicos para la prosperidad de la acción, precisó: (i) no existe discusión frente al cumplimiento de las obligaciones a cargo de los demandantes; pues la parte demandada no adujo incumplimiento alguno por parte de los actores y, los documentos allegados dan cuenta que cumplieron con los pagos pactados desde la cuota inicial; obtuvieron el crédito hipotecario para el pago total de los bienes y, al absolver los interrogatorios afirmaron que conocieron y aceptaron el proyecto, se hicieron parte del fideicomiso como beneficiarios de área, pagaron las cuotas a su cargo para llegar al punto de equilibrio y, para que la construcción iniciara en septiembre de 2018; es más, se pactó una sanción en caso de que los beneficiarios de área incumplieran el plan de pagos, que indicaron los demandantes era muy gravoso para ellos; de donde colige que, se cumple con dicho elemento.

(ii) Que se presente un incumplimiento por parte del demandado, o un cumplimiento tardío o defectuoso; señala que, la demanda afirma que el extremo pasivo incumplió lo acordado, porque para el 21 de marzo de 2021, no entregaron a los pretensores las unidades inmobiliarias que adquirieron, como fue acordado; a lo que las demandadas aducen que, no existió incumplimiento de su parte, porque se presentaron circunstancias y factores ajenos a su voluntad, que le impidieron cumplir con la entrega en las fechas pactadas; entre otros, la pandemia del COVID-19 que obligó al cierre y suspensión de todas las actividades económicas y, si bien, el sector de la construcción fue uno de los primeros en activarse, no se puede desconocer que tuvieron que cumplir unas condiciones especiales de bioseguridad para evitar contagios; lo que dificultó la consecución de algunos materiales necesarios para continuar con las obras e incrementó los precios.

Sigue indicando que, la documentación adosada da cuenta que los demandantes suscribieron el contrato de encargo fiduciario, para la vinculación al FIDEICOMISO DUBLÍN TORRE I, para el proyecto CONJUNTO RESIDENCIAL DUBLÍN, donde figuraba la SOCIEDAD ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., como fiduciaria y, PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., como beneficiaria; precisando que, los pretensores suscribieron los encargos fiduciarios entre los años 2016, 2017 y 2018; además, que para la verificación de los elementos axiológicos de la acción, no se tendrá en cuenta el tiempo en que los demandantes firmaron los contratos y en el que se llegó al punto de equilibrio. Sigue exponiendo que, la documentación aportada, con independencia del momento en que se suscribió el contrato, da cuenta que el plazo de entrega empezaba a correr desde que se dio inicio a la obra; determinando un término aproximado de duración de 24 meses, para la entrega material y, un período de gracia de 6 meses, es decir, el tiempo máximo para la entrega material de los bienes era de treinta (30) meses; conforme el documento que compartió la apoderada de la parte actora, el plazo se cumplió el 21 de marzo de 2021, porque allí se notificó a los beneficiarios de área que la construcción iniciaba el 20 de septiembre de 2018, señalando textualmente:

“Transcurrido el plazo adicional sin que se hubiera efectuado la entrega, los beneficiarios deberán reconocer y pagar al beneficiario de área, hasta que se obtuviera la entrega material del inmueble, contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo de gracia en mención, a título de compensación, por todos los perjuicios que pudieren sufrir en razón de la demora, una suma mensual

equivalente al 0.3% del total de la suma que el beneficiario de área haya pagado al fideicomiso” y, en el párrafo consignó que: “No habrá lugar a sanciones a cargo del beneficiario cuando la mora en la entrega obedezca a fuerza mayor, caso fortuito, tardanza por causas imputables a las autoridades competentes en el recibo de la etapa, o a las empresas prestadoras de servicios públicos en la instalación de los mismos”.

A lo que advierte que, las reseñadas fechas se consideran un plazo cierto y determinado, al que estaban sometidos los contratantes y, si bien, se trata de un plazo sometido a condición determinada y contemplada en el encargo fiduciario, ello implicaba que, al comunicar la fecha de inicio de la construcción; es decir, al cumplirse la condición pactada, esto es, el punto de equilibrio en las ventas, empezaba a correr el plazo señalado por la constructora o beneficiaria para el encargo, para la entrega de los bienes; conforme lo prevé el art. 1551 del C. Civil; plazo que se debe tener en cuenta para determinar el incumplimiento por parte de la accionada.

En torno a la cláusula 18, advierte que, constituye estipulación de la pena, al indicar: *“El incumplimiento del fideicomitente y/o el o los constituyentes, y/o beneficiario - beneficiarios de área, de la totalidad de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a la parte que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir, para exigir a título de pena aplicable a quien no cumplió o no se allanó a cumplir, el pago del 5% del valor total del presente encargo”*; penalidad que conforme el clausulado se pactó para ambas partes, es decir, en caso de incumplimiento de cualquiera de los contratantes, sugiriendo a la contraparte el derecho de exigir el pago del 5% del valor del encargo; cláusula que difiere de lo acordado en la octava, por lo que disiente de lo expuesto por la actora, porque conforme lo pactado considera que, el extremo pasivo está expuesto a recibir dos sanciones, en caso de incumplimiento debidamente acreditado.

Ahora, si la entrega material no se realiza en el plazo acordado, tenía que pagar una compensación del 0.3% mensual del valor cancelado para el fideicomiso; mientras que en la cláusula 18 cualquier incumplimiento daría lugar a la reclamación de la cláusula penal equivalente al 5% del valor del encargo; correspondiendo a la estimación anticipada de los perjuicios pactados por los contratantes; amén, que como ambas cláusulas no se tornan excluyentes,

considera que en principio, no se cumplió con la entrega en la fecha establecida, 21 de marzo de 2021, por parte de la PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S.; incumplimiento que no es suficiente para la efectividad o cobro de la cláusula penal, sino a la sanción acordada del 0.3% de lo que cada uno de los beneficiarios de área haya cancelado al fideicomiso; como se expondrá cuando se analicen las excepciones de mérito.

(iii) Resulta claro que el incumplimiento provocó un daño a los contratantes cumplidos, sin que exista en el plenario una prueba que dé cuenta que, ello tuvo lugar, por la actuación de un tercero o una actuación imputable a la parte actora.

De donde considera que, en principio están acreditados los presupuestos axiológicos de la acción invocada; siendo del caso entrar al análisis de los medios de defensa propuestos por PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., en vista de la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa frente a las demás demandadas; en los siguientes términos:

En torno a la inexistencia de la obligación de entrega de las unidades inmobiliarias en fecha cierta; señala que, la misma no tiene vocación de prosperidad porque conforme se señaló líneas atrás, si bien el plazo para la entrega de los bienes fue sometido a condición, ésta se cumplió en debida forma:

a) Frente a la excepción denominada ausencia de abusividad en las cláusulas del contrato, considera que está llamada a prosperar, pero en relación con los perjuicios que se tendrán en cuenta; por lo que considera que la penalidad acordada en la cláusula 18 del encargo fiduciario, está pactada para ambos contratantes; de donde colige que, no existe un abuso en el clausulado del contrato porque la sociedad demandada también está sometida al pago de dicha penalidad, si incumple con sus obligaciones.

b) El medio exceptivo de incumplimiento e improcedencia de la indemnización de perjuicios, está llamado al fracaso, porque al contrario de lo afirmado, sí se generaron unos perjuicios a los pretenses, toda vez, que se declaró el incumplimiento de la entrega material de las unidades inmobiliarias, en la fecha acordada, por parte de la PROMOTORA DUBLÍN S.A.S.

c) Del medio de defensa denominado fuerza mayor o caso fortuito, advierte que, la sociedad demandada sí estuvo inmersa en un caso de fuerza mayor, que le impedía cumplir con los plazos pactados y, con algunos de los pedimentos solicitados por los demandantes; lo que tuvo lugar por la pandemia del COVID-19, que impactó todos los sectores de la economía llevando a un confinamiento y, cuando se pudo salir, existían muchas restricciones en horarios y lugares de desplazamiento, a más de las adopción de medidas de bioseguridad, entre otras cosas, lo que no solo afectó la economía sino el bienestar emocional de muchas personas; aspectos que no se pueden dejar de lado, porque se trata de una persona jurídica, ya que se reconoce a todo tipo de personas y, si bien el sector de la construcción fue uno de los primeros en reestablecerse, como lo resaltó la parte actora, no se puede desconocer lo afirmado por el extremo pasivo, esto es, que para reiniciar labores tenían que adoptar las respectivas medidas de seguridad para evitar contagios; además, del aumento de precio en algunos materiales y la limitación para adquirir otros y, si bien los pretensores cumplieron con los pagos acordados, ello no puede ser soporte para desconocer los percances que soportaron las constructoras con ocasión del COVID-19; en un fallo que atienda la equidad donde se reconozca el incumplimiento en la entrega material de los inmuebles, no se puede dejar de lado, que la construcción inició el 20 de septiembre de 2018, es decir, que a marzo de 2020, cuando inició la pandemia, llevaba año y medio el desarrollo de la obra.

Ahora, si se tiene en cuenta los 24 meses fijados como plazo, solo faltarían 6 meses para cumplir dicho período, y si se mira el período de gracia, restaría un año, relacionado con un año y medio de avance; amén, que el perjuicio en la entrega material, se causó a quienes con esmero y responsabilidad pagaron las cuotas pactadas; tratando de conservar a pesar de todo, un buen historial crediticio, en ausencia de ingresos para algunos de ellos, para poder obtener un crédito de vivienda con una entidad financiera; lo que no puede ser desconocido, por lo que en un fallo que atienda más a la equidad, se tendrá en cuenta que existió un perjuicio para la persona jurídica demanda; de donde considera que, no reconocerá la causación de la penalidad contenida en la cláusula 18 y, en su lugar, atendiendo las pretensiones subsidiarias de la demanda, reconocerá a título de compensación y por los meses de retraso en la entrega material de las unidades inmobiliarias a cada uno de los pretensores, el 0.3% de lo que entregaron al fideicomiso; advirtiendo que, los demás perjuicios no se consideran causados, porque si bien se dio la afectación moral a los demandantes, se debe

tener presente que fue debido a la pandemia que conllevó a que EN muchas actividades SE cambiara la forma de laborar; por ende, se debe atender a la fuerza mayor, para determinar no la causación de la cláusula penal y, sí los perjuicios compensatorios a razón del 0.3% mensual.

d) La excepción de mala fe de la parte actora, tampoco tiene vocación de prosperidad, porque la presunción que gobierna la buena fe, debe ser desvirtuada por la parte demandada; lo que no hizo; amén, que solo en los interrogatorios de parte, se pudo observar aquella inconformidad y descontento de los demandantes frente a los canales de comunicación con la constructora y, en cuanto a esas expectativas que estaban pausadas y no sabían si iban a tener un final feliz, en la adquisición de su vivienda propia y, en torno a la excepción de ejecución del contrato de buena fe, señala que, resulta claro que aquella se dio, porque la demandada continuó con la construcción del proyecto para cumplir los compromisos pactados, pero no todo puede atribuirse o dejarse a cargo solo del extremo pasivo.

Consecuente con lo anterior, indica que, se tendrá por establecidos los presupuestos para la prosperidad de la acción en favor de los demandantes; se harán las condenadas con fundamento en lo expuesto frente a las excepciones que se declararán probadas y, se condenará en costas a la demandada PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., conforme con las condenas que se establecerán.

Apelación: Lo interpusieron ambas partes; pero como el extremo pasivo no sustentó el recurso de apelación en segunda instancia, por auto del 21 de octubre del presente año, se declaró desierto; por lo tanto, el Tribunal solo se pronunciará sobre la impugnación presentada por la parte demandante.

Al efecto tenemos que, al formular el recurso indicó como reparos: El Juzgado adujo que no tiene competencia para pronunciarse sobre la declaratoria de abusividad de la cláusula 8° de los contratos de encargo fiduciario, porque se trata de un asunto administrativo de protección al consumidor; pero la Superintendencia Financiera frente a la acción que instauró para que se acogiera lo aquí pretendido con la respectiva indemnización de perjuicios, indicó que:

“Si usted eventualmente considera que el contrato celebrado no se ajusta a la ley, en especial a las previsiones consagradas en el numeral 5.2.1 del capítulo 1°, título 2°, parte segunda de la circular básica jurídica CE029 de 2014; contiene cláusulas abusivas o en su ejecución se presentan prácticas abusivas de acuerdo con lo señalado en los artículos 11 y 12 de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el capítulo 1°, título 3°, parte primera de la circular básica jurídica 029 de 2014, si lo desea puede acudir a la justicia ordinaria competente, mediante la presentación de una demanda para que sean falladas en derecho y, con carácter definitivo las controversias surtidas relacionadas con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales, compareciendo al proceso “Por conducto de abogado legalmente autorizado”; de donde considera que, las autoridades judiciales y/o administrativas, no están resolviendo sobre una pretensión legítima de los consumidores financieros, porque la Superintendencia Financiera indica que se debe acudir a la justicia ordinaria y, ésta por su parte, remite a la Superintendencia Financiera; a lo que precisa que es competencia de la justicia ordinaria, resolver lo concerniente con las cláusulas abusivas de los contratos marco o de adhesión y, la indemnización de perjuicios que solicitan frente a los abusos del derecho de la posición dominante.

En este orden de ideas, ACCIÓN FIDUCIARIA está legitimada para comparecer a este proceso por pasiva, porque hace parte del encargo fiduciario y, como pretende que se declare abusiva una cláusula de un contrato del que la fiduciaria hace parte, la misma debe estar presente para ejercer el derecho de defensa; pero el Despacho no se pronunció frente a la cláusula 8° de los encargos fiduciarios, que considera abusiva, al estimar que ello competía a la Superintendencia Financiera; dejando de lado que dicha entidad ya se había pronunciado en tal sentido, remitiendo a los pretensores a la jurisdicción. Por lo tanto, corresponde al Tribunal analizar lo concerniente a este aspecto; ya que no se trata de que la cláusula 18 concierne a ambas partes, sino que la cláusula 8° consagra una compensación a favor de los beneficiarios de área y a cargo de la constructora, por el incumplimiento en la entrega de los inmuebles, abiertamente desproporcional, desequilibrada e injusta, que no cubre los perjuicios causados a los demandantes y, en comparación con el eventual 5% que éstos tenían que cancelar en caso de incumplimiento y, en aplicación de lo consagrado en la precitada cláusula 18, prevista para ambas partes.

En cuanto a la falta de legitimación por pasiva de PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S, precisa que, la parte actora se enteró de la cesión que ésta hizo a la PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., a raíz de los alegatos de conclusión que se presentaron, porque la cesión no fue notificada a los beneficiarios de área y, por ende, no le es oponible a voces del art. 1959 del C. Civil, amén, que los contratos de encargo fiduciario no fueron autorizados por la Superintendencia Financiera y, contrario, a lo afirmado en los alegatos de conclusión, para los años 2017 y 2018 resultaba necesaria dicha aprobación, como ahora se exige, como lo ordena el EOSF y el concepto de la Superintendencia Financiera leído en los alegatos conclusivos; es más, al ingresar a la página web de ACCIÓN FIDUCIARIA, se observa que los encargos fiduciarios objeto del proceso, no están publicados y aprobados por la Superintendencia Financiera; considera que, como la fiduciaria faltó a su deber de publicar los contratos de encargo fiduciario y asesorar a los consumidores financieros sobre la lesividad de cláusula 8º; dejando que se redactara, presume que fue al antojo de las sociedades constructoras, y así se lo hicieron firmar a los incautos consumidores del sistema financiero, está legitimada en la causa por pasiva para comparecer al proceso.

Por lo anterior, solicita al Tribunal revise la sentencia apelada, se pronuncie sobre el abuso del derecho ejercido por las sociedades demandadas - parte dominante, haciendo una simple comparación entre las cláusulas 8º y 18 de los contratos de encargo fiduciario, para que se den cuenta que el 0.3% no se ajusta con el equilibrio contractual que debe existir en cualquier tipo de contrato; se dé una salida a los pretensores como consumidores financieros y afectados en todo este proceso, que lleva más de 5 años, como viene de indicarse y, los fallos proferidos por distintos Despachos judiciales; estima que las codemandadas sí están legitimadas en la causa por pasiva y, una vez se invalide la cláusula 8º, se dé aplicación a la penalidad prevista en la cláusula 18, esto es, el 5% del valor del encargo y los demás perjuicios que se logren acreditar, que en este caso, corresponden a los cánones de arrendamiento causados después del 21 de marzo de 2021.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, como sustentación del recurso adujo que, el Juzgado consideró que Acción Fiduciaria no estaba legitimada en la causa por pasiva, porque la obligación de la entrega de las unidades inmobiliarias era exclusiva de PROMOTORA

INMOBILIARIA DIUBLÍN S.A.S. y, frente a las pretensiones sexta, séptima y octava, adujo que, estamos frente a un proceso de responsabilidad civil contractual y, no de protección al consumidor financiero, siendo inviable cualquier pronunciamiento sobre abuso contractual en la cláusula 8° de los encargos fiduciarios; a lo que advierte que, no existe contradicción entre las cláusulas 8 y 18 del encargo fiduciario, pero el Juzgado no analizó lo esbozado en la demanda en cuanto que la cláusula 8 es abusiva; amén, que ya se acudió a la Superintendencia Financiera, según expediente 202114 3557-005-000, quien inadmitió la solicitud, para que se modificaran las pretensiones porque no se podía incluir a la sociedad PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., por no ser una entidad vigilada por el Estado; además, en respuesta al derecho de petición del 4 de julio de 2021, indicó:

“(…) si Usted eventualmente considera que el contrato celebrado no se ajusta a la ley, en especial, a las previsiones consagradas en el numeral 5.2.1. del Capítulo I, Título II, Parte II de la Circular Básica Jurídica C.E. 029 de 2014, contiene cláusulas abusivas, o en su ejecución se presentan prácticas abusivas, de acuerdo con lo señalado en los artículos 11 y 12 de la Ley 1328 del 2009, en concordancia con el Capítulo I, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica C.E 029 de 2014, si lo desea, puede acudir a la justicia ordinaria competente, mediante la presentación de una demanda, para que sean falladas en derecho y con carácter definitivo las controversias surgidas relacionadas con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales, compareciendo al proceso “(…) por conducto de abogado legalmente autorizado”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 del Código General del Proceso, en la medida en que, surge un conflicto de tipo contractual que no le es dable a esta Superintendencia, desde el ámbito administrativo ya sea mediante la presentación de una queja, reclamo, derecho de petición, proceso de inspección, menos aún, mediante una consulta, conocer ni resolver, pues hacerlo implicaría desconocer las facultades y competencias atribuidas de manera exclusiva a la justicia ordinaria competente”.

Razones que llevaron a la radicación de este proceso, para obtener un pronunciamiento frente a la totalidad de las pretensiones; además, las pretensiones para la protección al consumidor financiero son competencia de la justicia ordinaria, a discreción del demandante, según los arts. 20-9 del C.G.P., y 5 de la Ley 1480 de 2011 y, lo sostenido por la Corte Constitucional el 3 de marzo de 2022, expediente CJU-687; además, las pretensiones indemnizatorias son

acumulables con la de protección al consumidor financiero, al tenor del art. 178 del C.G.P.

Continúa precisando que, la cláusula 8° es abusiva porque extrae a las promotoras inmobiliarias, casi que por completo, de la obligación de entrega de los apartamentos en el plazo acordado, porque la compensación en caso de mora, es solo del 0.3% de lo cancelado por el beneficiario de área al momento de la entrega, es decir, es prácticamente inútil e irrisoria, porque ni siquiera cubre el valor del canon de arrendamiento de un inmueble de similares características; como la compensación es ínfima las accionadas incumplen con la entrega y, todo ello va en detrimento de los compradores; amén, que en caso de incumplimiento por parte de los beneficiarios de área y, sin razón alguna, la cláusula penal aplicable sería del 5% sobre el valor de la unidad inmobiliaria; considera que la fideicomitente con la actitud permisiva y pasiva de la fiduciaria, se aseguró que el incumplimiento de su parte conllevaría a una compensación muy baja, evadiendo de forma abusiva sus responsabilidades; a más, que se trata de un contrato marco o de adhesión, redactado por la fideicomitente y la fiduciaria, al que se tienen que sujetar los beneficiarios de área si quieren acceder al proyecto inmobiliario; lo que se reprocha a la fiduciaria no es la mora en la entrega de los inmuebles, como erradamente lo consideró el Juzgado, sino su actitud permisiva, indiferente, irresponsable e ilegal, porque los contratos no están autorizados por la Superintendencia Financiera, como lo aceptó la fiduciaria al dar respuesta a la demanda; siendo merecedora de las sanciones previstas en los arts. 21 de la Ley 1328 de 2009 y 208 del EOSF y, al ser parte del contrato de fiducia que contiene una cláusula abusiva, por ser una entidad vigilada, incumplió con su deber de asesoramiento, publicidad y debida diligencia con los consumidores financieros; de donde considera que, sí existe legitimación en la causa por pasiva frente a la fiduciaria.

Sobre la falta de legitimación en la causa de PROMOTORA INMOBILIARIA MI CIUDAD S.A.S., porque cedió su posición contractual a PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., señala que, como la cesión no fue notificada a los beneficiarios de área no les es oponible y, solo a partir de las respuestas a los derechos de petición intuyeron que ésta última tenía alguna injerencia o participación en el asunto; por lo que considera que, ambas sociedades son solidarias en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y de los perjuicios que se puedan derivar; además, la falta de notificación de la cesión contraviene

los postulados de la buena fe y, puede hacer incurrir en error a quien pretenda hacer valer sus derechos y oculta al verdadero responsable de la ejecución del contrato, a quien se debe reclamar; además, se separa de la convención a la persona jurídica en la que los demandantes depositaron su confianza, por ser una sociedad reconocida en el medio y, en cambio, llega una totalmente desconocida, temporal y, con toda seguridad, que cumple un papel de sociedad fachada, sin ningún patrimonio sustentable para evadir cualquier responsabilidad.

Sobre la conclusión que llevó al reconocimiento de la fuerza mayor o caso fortuito, por la pandemia del COVID-19, precisa que, se debe estar a lo sostenido por la jurisprudencia frente a estos aspectos; amén, que la pandemia no determina la imposibilidad sobreviniente, sino las medidas de confinamiento adoptadas por el Estado, que para el sector de la construcción tuvieron una duración de 42 días; tiempo que debe estar comprendido en los seis (6) meses establecidos como período de gracia en la cláusula 8° de los encargos fiduciarios, porque esa es su finalidad; por lo que el término máximo para la entrega de las unidades inmobiliarias sería de 30 meses, toda vez, que el plazo para la entrega se pactó en 24 meses contados a partir de iniciada la Torre 1; además, si se considera que los 42 días del confinamiento no hacen parte de los 6 meses de gracia; la fecha de entrega de los primeros inmuebles a los señores OSCAR DARÍO ARCILA y JUAN CAMILO GALEANO, 13 de julio de 2021, superó con creces la fecha límite que sería el 2 de mayo de 2021, porque los 6 meses de gracia vencían el 21 de marzo de 2021, más los 42 días del confinamiento obligatorio, el plazo total vencería el 2 de mayo de 2021.

Además, por la llegada de la pandemia no se puede presumir, como lo hizo el Juzgado, que todos los sectores de la economía se afectaron, al punto de existir una imposibilidad absoluta para cumplir con sus obligaciones contractuales; pues ello llevaría a concluir que todos los contratos están amparados por una eximente de responsabilidad como la fuerza mayor; pues a pesar de las dificultades propias del confinamiento, se deben acreditar las razones determinantes, en este caso, para incumplir con la entrega de las unidades inmobiliarias; incluso, si las medidas fueron iguales para todos, cómo es posible que muchos proyectos inmobiliarios sí cumplieron; es más, en la demanda se solicitó recibir declaración a los representantes legales de las constructoras Brazo Constructores y Constructora Capital, para que dieran cuenta de la imposibilidad o no para la entrega de los proyectos, pero dicha prueba fue negada; no se puede tener como sustento el

hecho de que la mano de obra se puso escasa, porque no es un hecho notorio ni está demostrado; por el contrario, como muchas personas se quedaron sin empleo, es fácil pensar que había mucho personal disponible para laborar y, en cuanto que los materiales subieron de precio, tal aspecto alude a la teoría de la imprevisión a que se contrae el artículo 868 del C. de Comercio; amén, que en este caso, la constructora contaba con la totalidad de los recursos para la construcción del proyecto inmobiliario, porque ya se había alcanzado el punto de equilibrio; sin que se pueda dejar de lado, que los demandantes también fueron afectados con la pandemia del COVID-19, pasando graves problemas económicos como se desprende de los interrogatorios de parte que absolvieron; a más, que la empresa constructora ha sido negligente, arrogante e indiferente frente a los reclamos de éstos, porque nunca escucharon sus peticiones, ni les pagaron voluntariamente el 0.3% de que trata la cláusula 8°, sino que se tuvo que acudir a la jurisdicción.

Frente a los perjuicios morales, aduce que resulta curioso observar como frente a los eximentes de responsabilidad alegados por la parte accionada con argumentos generalizados, el Juzgado los da por ciertos y descarta lo expuesto por los demandantes al absolver los interrogatorios de parte, frente a los padecimientos que han soportado, por no poder disfrutar a tiempo las inversiones que con tanto esfuerzo hicieron, lo que les generó estrés económico, ansiedad, frustración y decepción, entre otros; sentimientos que resultan obvios ante el incumplimiento en la entrega de las unidades inmobiliarias. Por estas razones, solicita se revoque la sentencia de primer grado en lo desfavorable a los pretensores y, en consecuencia, se acojan las pretensiones principales de la demanda.

En segunda instancia, dentro del término del traslado que se concedió para sustentar el recurso de apelación, en síntesis, volvió sobre los argumentos antes esbozados y que vienen de extractarse.

El extremo activo, por su parte, no recorrió el traslado, pues no hizo pronunciamiento alguno.

III. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado, plantea los siguientes problemas jurídicos que la Sala debe resolver: ¿Es

competente la justicia ordinaria para resolver las pretensiones concernientes a la protección del consumidor financiero? ¿Para el incumplimiento en la entrega de las unidades inmobiliarias se presentó un eximente de responsabilidad? ¿Se debe reconocer la totalidad de los perjuicios patrimoniales y extra-patrimoniales solicitados?

El caso concreto: Por razón de método, en primer lugar, se examinará si es posible tener en cuenta el contrato de encargo fiduciario para vinculación al Fideicomiso Dublín – Torre 1, para determinar la viabilidad de las prestaciones pretendidas; en cuanto fuere menester, se pasará a examinar, si se puede tener en cuenta el contrato de transferencia de dominio para tales efectos y, si tiene alguna incidencia los derechos que se otorgan al consumidor y que se invocan en las pretensiones y reiteran por el recurrente en la impugnación.

El contrato de vinculación de área y las pretensiones. En efecto, un contrato se agota porque se ha cumplido con su objeto, lo que tiene ocurrencia cuando todas las obligaciones que de él emanan se han cumplido por los contratantes; en otros términos, ello implica que, si se invoca como soporte de las pretensiones, éstas quedan comprometidas, por estar soportadas en una relación sustancial inexistente.

Esta situación se predica con mayor razón de aquellos actos que son preparatorios de otro, como precisamente ocurre en este caso, con el contrato de vinculación de área al fideicomiso, donde las partes acuerdan como prestación la transferencia del dominio de determinada unidad inmobiliaria; que es lo que igual acontece, con el contrato de promesa de compraventa, que es preparatorio del de compraventa y que tiene como objeto la celebración de este acto jurídico; una vez cumplidas las obligaciones que emanan del contrato de vinculación al fideicomiso como beneficiario de área; en especial, con la ejecución de la obligación de hacer acordada, ya no se puede invocar en un proceso como soporte de pretensiones; es más, si era inexistente o adolecía de irregularidades que comprometían su validez, ya no se pueden invocar para pretender una declaración de inexistencia o nulidad, porque esos defectos quedan superados con la celebración del contrato prometido y la relación existente entre los contratantes pasa a ser gobernada por el contrato de compraventa o de transferencia del dominio. En este sentido, es ilustrativa la jurisprudencia al puntualizar con meridiana claridad:

“La promesa de celebrar un contrato es en sí misma es un contrato, completamente distinto de los simples tratos preliminares (que no generan obligación alguna); de la oferta (que por ser irrevocable acarrea indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento); y del convenio definitivo (que da lugar a reclamar el cumplimiento de lo pactado).

“El objeto de la promesa –según lo tiene establecido la jurisprudencia– es la conclusión del contrato posterior. De ahí que “siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un carácter transitorio o temporal, característica esta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran” (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.: 4724).

“La promesa de celebrar un contrato –en términos de ALESSANDRI– puede definirse diciendo que es aquella convención por la cual los contratantes se obligan a celebrar otro contrato dentro de cierto plazo o al evento de una condición. La promesa es un antecedente del contrato prometido; no es el mismo contrato, sino diverso de éste”. (Op. Cit. Pág. 841)

“El contrato de promesa, por tanto, no puede confundirse con el prometido, pues es su antecedente; y la realización de éste es el objeto de aquélla. “La promesa no es sino una convención que sirve para celebrar otra, por lo que no produce más efecto que poder exigir la celebración de éste. Ahí termina su misión. Celebrado el contrato prometido desaparece la promesa.” (Ibid, 842)

“Por ello, ha sido reiterada la posición de esta Corte al considerar que la promesa tiene un “carácter preparatorio o pasajero, lo cual implica por naturaleza una vida efímera y destinada a dar paso al contrato fin, o sea, el prometido...” (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.: 4724) La promesa y el contrato prometido jamás pueden coexistir en el tiempo, pues el nacimiento de éste acarrea la extinción de aquélla” (Sala de Casación; sentencia del 16 de diciembre de 2013. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez).

Al efecto, la Juzgadora de primer grado, fue enfática en afirmar que en el transcurso de la audiencia se verificó que la demandada PROMOTORA INMOBILIARIA DUBLÍN S.A.S., hizo entrega material y solemne a los

demandantes de las unidades inmobiliarias que adquirieron, lo que fue corroborado por éstos al absolver los interrogatorios de parte, quienes reconocieron que recibieron los apartamentos no solo en forma material sino que suscribieron las escrituras públicas, que los convirtió en propietarios o titulares del derecho real de dominio; punto que en la fijación del litigio se tuvo por acreditado y cumplido; a lo que se suma que, en la cláusula vigésima primera de los encargos fiduciarios, frente a las causas de terminación del contrato, entre otras, se acordó por los contratantes: “*Por haberse ejecutado completamente su objeto*”.

Lo anterior permite colegir que con la celebración del contrato para la transferencia del dominio de las unidades inmobiliarias prometidas a los beneficiarios de área y, con la entrega material de las mismas, quedó agotado el contrato de vinculación al fideicomiso como beneficiarios de área y no podían subsistir al mismo tiempo los dos vínculos jurídicos, el contrato preparatorio que se extinguió con la celebración del contrato prometido - el de transferencia de dominio; pues en realidad, éste es el objeto del primero; en esencia, otras obligaciones que se acuerdan, como la determinación del objeto del contrato prometido y el precio, son obligaciones propias del acto convenido. En verdad, una relación que es inexistente por haberse extinguido, no puede servir de soporte a las pretensiones, puesto que, en este caso concreto, como pretensión principal se solicita se declare a las demandadas civil y contractualmente responsables, por el incumplimiento de los contratos de encargo fiduciario, celebrados con los demandantes y, en consecuencia se ordene su cumplimiento – transferir el dominio de los bienes y hacer la entrega de los mismos y, que para proceder al pago de los perjuicios de las pretensiones cuarta y quinta, se declare la nulidad absoluta y se tenga por no escrita la cláusula 8 de los convenios; consecuentemente, se declare que las demandadas han incurrido en prácticas de abuso de posición dominante; por lo que se les debe condenar al pago de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico; encargos fiduciarios, que se itera, se extinguieron con la celebración del contrato prometido.

Es pertinente precisar que desde la demanda se afirmó por los demandantes que los señores Oscar Darío Arcila y Andrés Felipe Serna, se les entregó los apartamentos una semana antes de presentar la demanda y que se les obligó a renunciar a la posibilidad de demandar y reclamar perjuicios, conforme la cláusula 13 del acto escriturario; incluso, en tal sentido aluden a una declaración extra-judicio; de donde se puede colegir que se había cumplido con el acto solemne

prometido, como es el de transferir el dominio sobre las unidades inmobiliarias prometidas.

Con todo, si tal hecho solemne no se realizó y, tuvo lugar una vez presentada la demanda; como precisamente ocurrió con los demás demandantes, con la respectiva entrega material de las unidades inmobiliarias; hechos que fueron confesados por los demandantes en los interrogatorios que absolvieron y, además, en la fijación del litigio, las partes de común acuerdo los dieron por probados, nos encontramos en presencia de una sustracción de materia, porque precisamente el objeto de la pretensión se satisfizo, lo que imposibilita un pronunciamiento en los términos solicitados en la demanda.

En este sentido, la Sala Segunda de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 21 de agosto de 2014, en el proceso ordinario instaurado por el señor Mauricio Álvarez Botero en contra de la Sociedad Grupo Monarca S.A., radicado No. 05266-31-03-002-2010-00344-01, se pronunció en los siguientes términos:

“1. La sustracción de materia. “En el curso de un proceso se pueden presentar fenómenos que no le permiten al juez abordar la pretensión del proceso para emitir un pronunciamiento en torno a ella; algunos de ellos están tipificados como causal de terminación del proceso, como ocurre con la transacción, el desistimiento, el pago en el proceso ejecutivo, entre otros.

“Otros fenómenos a pesar de que tienen ocurrencia no están consagrados legalmente como una causal de terminación del proceso, como ocurre precisamente con el fenómeno de la confusión o cuando el objeto del proceso desaparece, como cuando el bien cuya entrega se solicita o pretendido en restitución o reivindicación desaparece, o en general, cuando en el curso de un proceso declarativo se satisface la pretensión o quizás cuando por otras circunstancias ésta desaparece, no siendo posible pronunciamientos frente a ella.

“Cuando en el curso de un litigio aparecen circunstancias como las planteadas, el juez está facultado para pronunciarse en torno a ellas en la sentencia, como expresamente lo establece el artículo 305 del C. de P. Civil, al puntualizar: “En las sentencias se tendría en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse

propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

“Incluso, en estos casos, cuando se trata de hechos ocurridos después de las oportunidades para solicitar pruebas, el artículo 361 ibídem autoriza a las partes para que las pidan en segunda instancia; igualmente, el juez también está facultado para decretar de oficio elementos de convicción con miras a esclarecer tales hechos.

“Este es un tema que prolijamente se ha abordado en materia constitucional; es así, como el máximo órgano de control constitucional, ha indicado: "La Corte Constitucional, de manera reiterada, ha sostenido que cuando la situación fáctica que motiva la presentación de la acción de tutela, desaparece o se modifica en el sentido de que cesa la presunta acción u omisión que, en principio, podría generar la vulneración de los derechos fundamentales, la solicitud de amparo pierde eficacia en la medida en que desaparece el objeto jurídico sobre el que recaería una eventual decisión del juez de tutela. En consecuencia, cualquier orden de protección sería inocua.

“Mediante sentencia T-533 de 2009, esta Corporación manifestó que el fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Lo anterior, como resultado de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

“La carencia actual de objeto por hecho superado se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna¹. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela.

¹ Sentencias T-170 de 2009.

“En dicho sentido, esta Corporación ha señalado que, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para la Corte en sede de Revisión, como Juez de máxima jerarquía de la Jurisdicción Constitucional, el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita² e incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991³, sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.

“De otra parte, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando “no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.”⁴<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-905-11.htm> - [ftn4](#), de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental⁵.

“Por regla general, la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio⁶. Es decir, su fin es que el juez de tutela, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización⁷. En este orden

² Ibidem.

³ “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

⁴ En cuanto a las diferencias entre la configuración de la declaración de carencia actual de objeto por hecho superado y hecho consumado, pueden confrontarse las sentencias T-758/05, T-272/06, T-573/06, T-060/07, T-429/07, T-449/08, T-792/08, T-699/08, T-1004/08, T-612/09, T-124/09, T-170/09, T-533/09, T-634/09, entre otras.

⁵ Sentencia T-083 de 2010.

⁶ Sentencia T-803 de 2005

⁷ El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 25, regula la excepcional hipótesis de indemnización por vía de tutela de la siguiente forma : “Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del

de ideas, en caso de que se presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua⁸ o, lo que es lo mismo, caería en el vacío⁹ pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

“Así mismo, advierte la Sala que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío. A manera de ejemplo, ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el tutelante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo¹⁰”¹¹.

“La Corte Suprema de justicia también ha tenido la oportunidad de referirse al tema de la sustracción de materia y ha planteado la posibilidad de dar por terminado el proceso, una vez tiene ocurrencia tal fenómeno.

“En una de esas oportunidades indicó: “I.- El apoderado de los contradictores, en escrito que obra a folios 180 a 183 del cuaderno principal, pide que se dé por terminado este proceso ordinario de responsabilidad patrimonial seguido en contra de sus representados y, en sustento de su aspiración, expone los argumentos que pasan a compendiarse:

derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”. Sobre la aplicación de esta hipótesis en aquellos casos en que se debió haber ordenado la interrupción voluntaria del embarazo y por la negativa éste culminó en el nacimiento del/ de la hijo/a ver la sentencia T-209 de 2008.

⁸ Sentencias T-288 de 2004, T-496 de 2003, T-436 de 2002, SU-667 de 1998, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-596 de 1993 y T-594 de 1992, entre otras.

⁹ Sentencia T-309 de 2006, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998, entre otras.

¹⁰ Sentencia T-585 de 2010.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU 225 del 18 de abril de 2013. M. P. Dr. alexei Julio Estrada.

*“a.-) A los demandados, en su condición de Magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se les atribuye el hecho de haber incurrido, al proferir la sentencia de casación dictada el 16 de abril de 1993 dentro del proceso ordinario laboral de **CARLOS EUGENIO ORTEGA VILLALBA** contra Sociedad Aeronáutica Consolidada de Medellín S. A. ‘SAM S. A.’, en error inexcusable.*

“b.-) Frente a dicho fallo debidamente ejecutoriado, se formuló acción de tutela por la parte actora y perdedora del recurso extraordinario con resultados adversos “lo cual significa que ya se estudió si la Sala se había colocado en una situación de hecho y concluyó que no”.

“c.-) La Corte Constitucional “en sentencia N°. 270 (sic) de 7 de marzo de 1996”, en ejercicio de la facultad que le asiste para dictar sentencias interpretativas se pronunció sobre la autoridad con competencia para asumir el conocimiento de los asuntos generados por la comisión de errores inexcusables cometidos en sus fallos por los magistrados de las altas corporaciones de la Rama Judicial y concluyó que, por tratarse de órganos límites, no era posible demandar ninguna responsabilidad ni mucho menos había, en el caso de la Corte Suprema de Justicia por ser la máxima entidad de la jurisdicción ordinaria (art. 234 de la Constitución Política), ninguna autoridad que tuviera competencia para revisar sus decisiones, todo ello en aras de la finalidad propia de los pronunciamientos que adopta como es la de unificar la jurisprudencia nacional y también en pro de la necesaria seguridad jurídica que debe existir en un Estado de Derecho. El pronunciamiento lo hizo al declarar exequible el artículo 66 de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia reglamentaria del error jurisdiccional al afirmar que “no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la rama judicial, una responsabilidad del Estado a propósito del error jurisdiccional, pues ello equivaldría a reconocer que por encima de los órganos límites se encuentran otros órganos superiores, con lo cual, se insiste se comprometería en forma grave uno de los pilares esenciales de todo Estado de derecho, cual es la seguridad jurídica...”.

“d.-) La mencionada interpretación por ser de la Constitución, concretamente del artículo 234, tiene el carácter de intemporal, motivo por el cual debe aplicarse con prescindencia de cuándo se cometió el supuesto error o del estado del proceso en

el que se busca deducir responsabilidad por la comisión de yerro de tal linaje, salvo, claro está, que ya se haya dictado sentencia con fuerza de cosa juzgada.

“e.-) Este proceso carece de objeto material porque la pretensión resarcitoria deprecada ya “no existe en el ordenamiento jurídico colombiano”.

“f.-) Ciertamente no existe de manera expresa, dentro de las causales de terminación de los procesos reglamentadas por el Código de Procedimiento Civil, “las que pudiéramos llamar formas clásicas”, la causal aquí invocada “pero existen otras que se le equiparan y que deben ser manejadas con el mismo criterio”.

“g.-) La sentencia que dictaron los demandados fue pronunciada como integrantes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es, como miembros de la más alta jerarquía de la jurisdicción ordinaria, respecto de la cual, según lo manifestó la Corte Constitucional, no es válido reclamar responsabilidad por error jurisdiccional y deducir una responsabilidad del Estado y, siendo ello así, “mucho menos se puede argumentar que es viable contra los funcionarios integrantes de la Altas Corporaciones, por cuanto si esto último fuere posible, conduciría a un absurdo”.

“h.-) La decisión sobre terminación del proceso acá solicitada no debe deferirse hasta el momento en que se dicte la respectiva sentencia que le ponga fin porque, además de existir razones de “economía procesal, sociológica y real”, ya operó una causal que lo posibilita al estructurarse una falta de materia u objeto y, entonces, “continuar este proceso sería tanto como si se produjera la confusión de las partes procesales, que se produce cuando una de las partes sucede a la otra a título universal o a título particular, pero, en el último caso, respecto del objeto del proceso, y se argumentara que habría que culminarlo con sentencia”.

“I. Es preciso que la Corporación, antes de continuar con la tramitación del proceso, resuelva la solicitud de terminación del mismo. A ello se procede.

“CONSIDERACIONES:

“2.- La responsabilidad patrimonial que se busca deducir en contra de la parte actora tiene su fuente, se repite, en el afirmado error inexcusable en el que incurrieron, en su calidad de integrantes de la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, Sección Primera, al dictar el 16 de abril de 1993 la sentencia que desató el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por CARLOS EUGENIO ORTEGA VILLALBA contra Sociedad AERONAUTICA DE MEDELLIN CONSOLIDADA S.A. SAM S. A.

“3.- Lo normal es que un proceso una vez iniciado culmine con sentencia ejecutoriada, esto es, con el pronunciamiento de la providencia que decida sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones que no tengan el carácter de previas (art. 302 del Código de Procedimiento Civil).

“Empero, existen algunos eventos en los que se permite la finalización anticipada y sin necesidad de que se dicte la respectiva sentencia. El tema está previsto en el referido Estatuto en la Sección Quinta, Título XVII y Capítulos I, II y III que reglamentan las formas anormales y típicas de terminación del proceso como son la transacción (artículos 340 a 341), desistimiento (artículos 342 a 345) y la perención (artículos 346 a 347).

“Excepcionalmente se presentan otras formas anormales de terminación del proceso, tal como sucede por ejemplo en los casos previstos en el artículo 9° de la ley 1ª de 1976 en la que se dispone que la muerte o la reconciliación pone fin de manera anticipada a los procesos de divorcio; e igual ocurre cuando surgen impedimentos de carácter lógico o jurídico que por su propia índole determinan la extinción del objeto del proceso, haciendo que por lo tanto sea imposible de alcanzar el fin perseguido por el actor al demandar. Ejemplo de este último supuesto se presenta -según lo ha dejado expuesto esta Sala- en el evento contemplado en el artículo 61 del C. de P.P, cuyo texto prevé que en cualquier momento del trámite en que, objetivamente, aparezca acreditada a plenitud la tipicidad de un hecho punible que dio origen a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes sujetos a registro, “...el funcionario dispondrá la cancelación, tanto de la inscripción efectuada como del título que constituye su fuente, quedando en consecuencia sin causa jurídica ninguna la atribución patrimonial fruto del acto de apoderamiento ilícito acontecido y que tiene expresión documental en dicho título...”, pues ello implica que en firme la providencia penal que “...haya dado por establecida una situación con las precisas características que describe el mismo precepto en su primer inciso, también debe ser clausurada cualquier actuación pendiente ante otras autoridades de la cual pueda predicarse que, en tanto se

pretende por su conducto hacer valer las calidades jurídicas que de los títulos y registros cancelados se desprenden, entraña el riesgo de contrariar los alcances que de suyo tiene esa cancelación decretada y, por ende, afirmar los efectos dañinos del actuar ilícito". Ante esa cancelación, lo ha puntualizado adicionalmente esta Sala, "se hace imposible la prosecución, no de cualquier trámite abierto donde esos títulos y registros espurios tengan alguna relevancia y sin importar el papel que juzguen allí, sino de aquellas situaciones en las que se ventilen cuestiones por cuyo contenido litigioso pueda acabar reconociéndose -en contraste con lo ya declarado en sentido opuesto por la justicia penal en ejercicio de un poder de apreciación exorbitante que el ordenamiento positivo hace predominar- la completa validez y eficacia de los mismos..."; razones por todo lo cual, sigue explicando el proveído en comento, la actuación ante autoridades distintas a la penal que toquen con esos títulos deben finalizar "...por manifiesta carencia de objeto..." (auto de 21 de julio de 1995, expediente N° 4678).

"Frente a fenómenos jurídicos como los descritos, no abrigaría duda la posibilidad de dar cabida a la terminación anormal del proceso pretendida, fenómeno cuya procedencia no se advierte sin embargo en el caso de esta actuación, pues fuera de que no median circunstancias sobrevinientes con la trascendencia requerida, para hacer lugar a esa solicitud, concurre por el contrario como motivo de especial significado de duda sobre el particular, el que la demanda incoativa del presente proceso se hubiese presentado precisamente cuando aún no había entrado en vigencia la Ley 270 de 1996, es decir cuando el aspecto de la responsabilidad por error inexcusable de los funcionarios judiciales estaba regulado por el artículo 40 del C. de P.C. y cuando a más de ello, el artículo 25 de ese mismo ordenamiento venía disponiendo para ese momento que "La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala de Casación Civil...6. De los procesos de responsabilidad de que trata el artículo 40, contra los magistrados de la Corte y de los Tribunales cualquiera que fuere la naturaleza de ellos".

"4.- La sustracción de materia, causal que alega el apoderado de la parte aquí demandada, para que se dé por terminado el proceso antes de dictar sentencia, no se advierte entonces configurada con sujeción a los motivos y consideraciones por él planteados, como quiera que no tiene soporte en las razones legales ni de excepción antes enunciadas.

“Consecuentemente, al no encuadrar la alegada sustracción de materia en ninguna de las causales de terminación anormal del proceso ni tampoco existir norma especial expresa que así lo autorice y menos concurrir un impedimento jurídico o lógico que por fuerza lleve a tener que considerar extinguido el proceso por desaparición sobreviniente de su objeto, no es posible acceder a lo pedido por la parte demandada.

“Por eso, el tema necesariamente tiene que deferirse para el momento en que se dicte la sentencia que a este proceso le ponga fin normalmente, y en ella, aplicando lo ordenado por el Artículo 305 del C. de P.C., se resolverá lo que en derecho corresponda y, muy especialmente, lo que toca con los efectos y alcances que frente al régimen de responsabilidad judicial existente al momento de entablarse la presente acción, produce la entrada en vigencia de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

“5.- Conclusión: no se dará por terminado de manera anticipada el presente proceso”¹²

“En ese mismo año, en otro proceso, igualmente se pronunció, indicando: “Como consecuencia de lo anterior fluye que al no suceder procesalmente al demandante, por no concurrir las condiciones que para el efecto exige el art. 60 inc. 3° del C. de P. C., tal petición de desistimiento, como forma anormal típica de terminar el proceso (art. 342 del C. de P. C.), resulta improcedente, porque lo cierto es que siendo este un proceso de naturaleza contenciosa y por ende con una estructura bilateral, si como en el caso sucede, por virtud de la adquisición de la cosa objeto del litigio se desnaturaliza esa esencia y estructura, se presenta una ausencia de intereses contrapuestos, de litigio, que deba ser dirimido por la jurisdicción, y por ende de carencia de objeto, que necesariamente conduce a declarar la terminación del proceso, por una verdadera sustracción de materia, caso en el cual aparece irrelevante el pronunciamiento sobre el desistimiento, pues este supone que el proceso no haya finalizado por otra circunstancia. Desde luego que se está frente a una terminación anormal del proceso, pero atípica, surgida de acto de enajenación que permitió a los demandados la adquisición del derecho de dominio sobre el bien inmueble que el demandante presentó como propio para formular la pretensión reivindicatoria, que técnicamente es la que

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil y Agraria. Providencia del 18 de marzo de 1997. M. P. Dr. Nicolás Bechara Simancas.

pierde su objeto cuando como antes se explicó se refunde en una misma persona las condiciones jurídicas enfrentadas que jurídicamente la justificaban y ontológicamente le daban su razón de ser”¹³.

Y con ese soporte coligió que “*Como el contrato de compraventa perdió vigencia, por sustracción de materia sobre cualquier examen en torno a su validez, como tampoco es posible emitir pronunciamiento sobre la pretensión invocada para su resolución con las consecuencias*”.

Por sustracción de materia no se requiere el abordaje de otros puntos objeto de impugnación ni de otras consideraciones, para colegir que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, pero para no hacer más gravosa la situación de los demandantes por ser los únicos apelantes, se confirmará la sentencia de primer grado.

Conclusión: Se confirmará la sentencia de primer grado.

Se condenará al extremo activo a pagar las costas causadas en segunda instancia a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fijará la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$2.600.000.00), que equivalen a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

IV. RESOLUCIÓN

A mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

1. Por lo dicho en la parte motiva se confirma la sentencia de primer grado.

¹³ Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil y Agraria. Ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez, durante el trámite del recurso extraordinario de casación, por auto proferido el 7 de octubre de 1997.

2. Se condena al extremo activo a pagar las costas de segunda instancia a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fijará la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$2.600.000.00), que equivalen a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

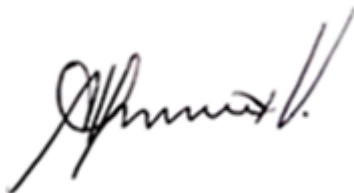
3. Devuélvase el expediente al lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA

RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

Con ausencia justificada