

TEMA: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL / CONTRATOS DE ADHESIÓN – “Parte de la protección al consumidor, comprende la definición de los denominados contratos por adhesión que, según el literal f) del artículo 2 de la Ley 1328 y el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1480, consisten en aquellos clausulados elaborados unilateralmente y por tanto dispuestos por el productor, proveedor o entidad financiera vigilada, que no dan lugar a discusión ni modificación por parte del consumidor, limitando su derecho a aceptarlas o rechazarlas.” / **CLÁUSULAS ABUSIVAS** – “La Sala de Casación Civil conceptualizó las cláusulas abusivas así: “son *‘características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes’*” / **CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA** – “(...) facultad alternativa del contratante cumplido para reclamar judicialmente del incumplido la resolución o el cumplimiento del contrato, ambas con indemnización de perjuicios” / **FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA** – “negocio jurídico en el que: *“una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”* /

TESIS: “En los términos del literal c) del artículo 2 de la Ley 1328, es consumidor financiero todo *cliente, usuario o cliente potencial* de las entidades vigiladas, esto es, quien tenga relación legal o contractual, use los servicios o se encuentre en tratativas preliminares con entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera. Por su parte, el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 define al consumidor en general como el destinatario final que *adquiera, disfrute o utilice un determinado producto* en busca de satisfacer una necesidad *propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.* (...) A modo enunciativo, el artículo 43 de la Ley 1480 establece un listado de cláusulas abusivas *ineficaces* de pleno derecho y, en el mismo sentido, el artículo 11 de la Ley 1328 relaciona algunas estipulaciones consideradas abusivas y dispone que ellas se entenderán *no escritas* o sin efectos para el consumidor financiero. (...) los artículos 11 de la Ley 1328 y 43 de la Ley 1480 implican la ineficacia de pleno derecho y ello significa que, sin necesidad de declaración judicial, una vez se constate la configuración de una cláusula abusiva, la misma no produce efectos y, por tanto, no puede servir de fundamento jurídico, siendo procedente descalificar o demeritar las solicitudes que en ella se cimenten. (...) Tradicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha establecido como presupuestos axiológicos para el ejercicio de las acciones alternativas consagradas en el artículo 1546: i) la

existencia de un contrato bilateral válido, ii) el cumplimiento o allanamiento a cumplir en la forma y tiempo debidos por parte del demandante y iii) el incumplimiento del demandado. (...) La fiducia mercantil para proyectos inmobiliarios no cuenta con una regulación especial, por ello se rige por las disposiciones generales del Código de Comercio. (...) las obligaciones que contrae el fiduciario mercantil no son de resultado sino de medio, por lo que, en cualquier controversia derivada de no haberse obtenido el fin propuesto, puede exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado. (...) para establecer la existencia de contratos coligados, se requiere constatar los vínculos entre multiplicidad de contratos con finalidades y funciones de relevancia jurídica, a tal punto que uno, varios o todos ellos tengan influencia sobre el otro u otros. Esta influencia puede ser recíproca o bien derivarse de un concurso simultáneo o de una secuencia de actos cronológicamente dispuestos.”

MP. SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ

FECHA: 28/02/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO. JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	DECLARATIVO RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
Radicado	05001 31 03 010 2018 00651 01
Demandante	KATY MARITZA GIL Y OTROS
Demandado	CONSTRUCTORA PESO S.A.S Y FIDUCIARIA CENTRAL S.A.
Juzgado Origen	DÉCIMO CIVIL CIRCUITO MEDELLÍN

Decide la Sala la apelación de la sentencia en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES.

1.1 DEMANDA¹.

Pretenden la actoras que se declare la ineficacia del contrato de encargo fiduciario irrevocable de administración y pago del proyecto inmobiliario Acrópolis, en virtud de las cláusulas abusivas contenidas en la carta de instrucciones que suscribieron como adherentes y; en consecuencia, se condene a la demandada a restituir a la demandante los dineros entregados en virtud del contrato, más los intereses comerciales desde el incumplimiento en la entrega del inmueble y la suma de 50 SMLMV por concepto de daño moral.

En subsidio, solicitan que se declare el incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa suscritos por Constructora Peso S.A., como promitente vendedora y los demandantes como promitentes compradores y; en consecuencia, se declare civil y solidariamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes y se condene solidariamente a Constructora Peso S.A., y a Fiduciaria Central S.A., en nombre propio y como vocera del Fideicomiso Urbanización Acrópolis a pagar la indemnización por daño emergente correspondiente a las sumas entregadas, más los intereses comerciales desde el 31 de octubre de 2017, fecha incumplida para la entrega del inmueble y la suma de 50 SMLMV por concepto de daño moral.

Expusieron que la demandada ofreció al público un proyecto inmobiliario de vivienda de interés social, denominado Acrópolis Apartamentos, para lo cual Constructora Peso S.A., solicitó y le fue aprobada licencia de construcción para desarrollar el proyecto en el inmueble ubicado en la Carrera 45 No. 32 D - 170 del municipio de Bello, identificado con matrícula inmobiliaria No. 01N-5292340, el cual constaba de dos etapas consistentes en 2 torres de 20 pisos y 160 apartamentos cada una.

¹ Ver ruta: carpeta “01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO” / archivo “01. Escrito de dda y Poderes.pdf” páginas 1 a 36.

Afirmaron que el 28 de marzo de 2015 Constructora Peso S.A., y Fiduciaria Central S.A., suscribieron contrato de encargo fiduciario irrevocable de administración y pagos No. 2015019 y que el 29 de julio de 2016 ellas mismas suscribieron contrato de fiducia mercantil de administración y pagos No. 2016111 Fideicomiso Urbanización Acrópolis, modificado mediante otrosí No. 1 del 26 de abril de 2017, documentos que nunca fueron entregados a los demandantes; que Constructora Peso S.A. transfirió a favor del patrimonio autónomo el referido inmueble a través de la escritura pública No. 4639 del 6 de diciembre de 2016 de la Notaría Séptima de Medellín y; que a fin de aceptar la oferta comercial, los demandantes suscribieron los documentos de adhesión al encargo fiduciario denominados *Instrucciones para el manejo de recursos en el fondo abierto con Fiduciaria Central S.A.*, también firmaron sendos contratos de promesa de compraventa con Constructora Peso S.A., entre diciembre 2016 y enero de 2017, en los cuales se pactó que el otorgamiento de la escritura pública correspondiente se realizaría el 29 de septiembre de 2017 y la entrega material el 31 de octubre de 2017, acuerdos que fueron incumplidos por la promitente vendedora.

Aseveraron que la carta de instrucciones de vinculación al encargo fiduciario contiene cláusulas abusivas en las que se declara que los adherentes conocen y aceptan el contrato, pero no les fue suministrada copia el mismo, se confiere la potestad al Constructor de realizar cambios unilaterales al proyecto y se exonera de toda responsabilidad a la Fiduciaria; que las promesas de compraventa recayeron sobre unos bienes inmuebles que no existían física ni jurídicamente y se previó la celebración del contrato para el 29 de septiembre de 2017 y la entrega de los inmuebles para el 31 de octubre de 2017, pero la Fiduciaria y la Constructora incumplieron porque no se hicieron presentes en la Notaría en la fecha estipulada, ni entregaron los inmuebles y; que la Fiduciaria y la Constructora *"han incumplido de manera reiterada con sus obligaciones legales y contractuales recíprocas, y en especial las contenidas en el encargo fiduciario y en el contrato de promesa de compraventa, legitimando a mis clientes para aplicar los efectos del artículo 1546 del Código Civil Colombiano"*.

Adujeron que, según rendición de cuentas del 31 de diciembre de 2017, el proyecto fue declarado inviable por la Constructora y por el interventor designado, porque el Constructor no obtuvo el crédito requerido y el proyecto se encuentra suspendido; que cuando se le solicitó a la Fiduciaria la devolución de los dineros a través de una carta de desistimiento por incumplimiento del Constructor, ella contestó que no garantiza el cumplimiento de las obligaciones del Constructor, quien asumió la ejecución del proyecto por su cuenta y riesgo y; cuando solicitaron a la Fiduciaria la terminación o resolución de los contratos de encargo y promesa por incumplimiento, respondió indicando imposibilidad de dar

por terminado de forma unilateral el contrato y que los dineros fueron dispuestos por la Constructora para la realización del proyecto.

Finalizaron afirmando que tales situaciones les causaron zozobra, pues sienten haber perdido el dinero invertido y que no podrán disfrutar del inmueble soñado.

1.2 CONTESTACIÓN.

1.2.1 FIDUCIARIA CENTRAL S.A.²

Se pronunció sobre los hechos de la demanda reconociendo que celebró con Constructora Peso S.A., el referido encargo fiduciario y posteriormente el contrato de fiducia en virtud del cual se creó el patrimonio autónomo Fideicomiso Urbanización Acrópolis con fines inmobiliarios, a través del cual se girarían dineros para la construcción conforme el avance de obra y posteriormente el patrimonio autónomo transferiría la propiedad a los adherentes; que los demandantes se vincularon al proyecto a través de contratos de promesa de compraventa suscritos con Constructora Peso S.A., como promitente vendedora y; sostuvo que cumplió a cabalidad sus obligaciones contractuales, el constructor se encuentra pendiente de aportar liquidez al patrimonio autónomo y el proyecto no ha sido declarado inviable. Propuso como excepciones de mérito:

a) Falta de legitimación en la causa por pasiva. Consistente en que la demandante promueve la acción contra el Fideicomiso y en contra suya, por lo que, considerando que las obligaciones relacionadas con la ejecución del contrato de fiducia deben ser atendidas por el patrimonio autónomo, la Fiduciaria Central S.A., en nombre propio debe ser desvinculada.

b) Cumplimiento de las obligaciones en nombre propio y como vocera del patrimonio autónomo. Consistente en que, una vez se constituyó el patrimonio autónomo Fideicomiso Urbanización Acrópolis, nacieron para la fiducia las obligaciones de administrar los recursos conforme las instrucciones, esto es, entregarlos una vez cumplidas las condiciones de giro y mantener la titularidad jurídica del inmueble, deberes que sostiene haber cumplido a cabalidad, pues los reparos tienen relación con la construcción del inmueble que es un asunto a cargo del constructor y no de la fiduciaria.

² Ver ruta: carpeta "01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO" / archivo "08. Actuacion fl 778 al 1004.pdf" páginas 57 a 59.

c) Ausencia de responsabilidad por parte de Fiduciaria Central S.A. Consistente en que ha cumplido a cabalidad las obligaciones a su cargo, toda vez que administró y entregó los dineros recibidos conforme las estipulaciones contractuales; pero Constructora Peso S.A., le indicó que su cierre financiero no dependía de un crédito y que llevaría a cabo el proyecto con los dineros recaudados, las cuotas por recibir y los recursos invertidos en obra. Por lo que, de haber lugar a la devolución de dineros, deberá ser la constructora quien lo realice.

d) Ausencia de cláusulas abusivas en los documentos de vinculación suscritos por los demandantes. Consistente en que las cláusulas calificadas como abusivas, corresponden a disposiciones de la Superintendencia Financiera, asuntos a cargo de la constructora, descripciones definitivas del proyecto que pueden verse afectadas por la decisión de las autoridades administrativas y definiciones legales del grado de participación y responsabilidad de la entidad fiduciaria.

e) Falta de nexo de causalidad. Consistente en que la obligación de restitución de dineros no corresponde a la Fiduciaria, ni al patrimonio autónomo sino al constructor y no es posible la devolución de sumas puestas a disposición de la constructora.

f) Ausencia de solidaridad jurídica. Consistente en que no es posible predicar solidaridad entre el fideicomitente constructor y la fiduciaria, tanto en nombre propio como en nombre del patrimonio autónomo porque las únicas obligaciones asumidas por el Fideicomiso fue administrar los dineros, entregarlos al constructor para el desarrollo del proyecto y transferir la propiedad de los bienes a los adherentes una vez construidos; nunca asumió obligaciones relativas a la construcción y entrega de los bienes.

1.3 PRIMERA INSTANCIA³.

El 14 de octubre de 2020 el despacho de primer grado profirió sentencia escrita que puso fin a la instancia, desestimó las pretensiones principales y, al momento de abordar el análisis de las subsidiarias, concluyó falta del presupuesto de validez de los contratos de promesa de compraventa, declaró su nulidad absoluta y dispuso a modo de restituciones mutuas, ordenar a Constructora Peso S.A., la devolución indexada de las sumas entregadas por la demandante.

Con relación a la ineficacia de las cláusulas denunciadas, contextualizó el asunto a partir del estatuto de consumidor, caracterizó las cláusulas abusivas por el desequilibrio importante e injustificado que representan

³ Ib. archivo "32. Sentencia 1era instancia.pdf".

en las condiciones particulares de la negociación, advirtiendo que tal calificación le corresponde al juez y que la ineficacia no necesariamente involucra la totalidad del contrato.

Puntualmente, el análisis del Juzgado respecto de las estipulaciones contractuales discutidas concluyó:

- i) Con relación a la cláusula de conocimiento del contrato de encargo fiduciario, que ella por sí sola no resulta abusiva, no corresponde a ninguna de las enunciadas como tales en la legislación y no evidencia desequilibrio, diferente es la eventual conducta de la constructora y la fiduciaria en el sentido de proceder en contra de lo allí anunciado; sin embargo, tal aspecto desborda el marco de las cláusulas abusivas y se adentra en el abuso de posición dominante y en este caso siete de los demandantes evidenciaron el conocimiento del contrato, con lo que se desvirtúa el ataque.
- ii) En cuanto a la cláusula de ausencia de responsabilidad de la Fiduciaria, sostuvo que tampoco se configura como abusiva porque simplemente está orientada a precisar que la construcción del proyecto le es ajena y le corresponde a la Constructora, de tal forma que la estipulación hace referencia a un evento específico en que no responde la Fiduciaria; por lo que no hay desequilibrio.
- iii) Respecto de la cláusula de conocimiento y aceptación de los cambios que pudiera realizar la Constructora al proyecto, sostuvo que sí es exorbitante prever la posibilidad de disponer del proyecto con el beneplácito anticipado de los consumidores; sin embargo, ello no trasciende a la ineficacia del contrato sino solamente de la mentada disposición y, de todas formas, el proyecto no se ejecutó y no se acreditó que hubiere sufrido cambios, luego la cláusula no tuvo efectos en el contrato. Con este análisis concluyó desestimar las pretensiones principales.

En cuanto al incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, contextualizó los diferentes momentos contractuales para concentrarse en el precontractual, y destacar los requisitos legales de la promesa, especialmente la determinación de su objeto, de tal forma que, aun cuando es posible prometer sobre bienes que no existan pero se esperan que existan, lo cierto es que su objeto debe ser inconfundible so pena de nulidad y en este caso todos los contratos suscritos están viciados porque se limitaron a señalar el número de la correspondiente unidad inmobiliaria, sin singularizarlos por su ubicación exacta o cabida, de tal forma que el objeto estuvo indeterminado y así se incumple uno de los presupuestos de la acción resolutoria, como lo es la validez del contrato en el que se funda. Con esta argumentación declaró de oficio la nulidad y

dispuso como consecuencia, a modo de restituciones mutuas, la devolución indexada de las sumas entregadas.

1.4 TRÁMITE DE LA APELACIÓN.

La sentencia de primera instancia fue notificada por estados del 16 de octubre de 2020, frente a la cual la demandante propuso el recurso de apelación, formulando allí mismo los reparos concretos.

Considerando el actual estado de emergencia sanitaria, se dio aplicación al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020⁴, concediéndole al apelante la oportunidad para sustentar el recurso y a la contraparte para la réplica, derecho del cual ambas partes hicieron uso oportunamente.

2. CONTROL DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA DEL SUPERIOR.

En atención a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 42 y en el artículo 132 del Código General del Proceso, se aprecian reunidos los presupuestos procesales para emitir sentencia porque se verificó la demanda en forma y su trámite adecuado, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y acudir al proceso respecto de los extremos del litigio, debiéndose destacar que no se advierten vicios ni irregularidades que configuren nulidad.

3. REPAROS CONCRETOS.

3.1 Reparos Demandante.

La demandante pretende que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se estimen las pretensiones, en el sentido de declarar la ineficacia del Contrato de Encargo Fiduciario No. 2015019, del Contrato de Fiducia Mercantil No. 2016111 y de las Instrucciones para el manejo de recursos en el Fondo Abierto y, consecuentemente, se condene solidariamente a las demandadas a la devolución de los dineros entregados más los correspondientes intereses y al pago de los perjuicios morales padecidos. Con tal fin, planteó los siguientes reparos⁵ y los sustentó en segunda instancia⁶:

⁴ Mediante la Ley 2213 de 2022, se acogieron como legislación permanente las disposiciones de dicho decreto para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales. La ley conserva en el artículo 12 la disposición del artículo 14 del decreto en cuanto al trámite de la apelación de sentencias en materia civil y familia.

⁵ Ver ruta: carpeta "01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO" / archivo "34. Escrito apelacion - demandante.pdf".

⁶ Ver ruta: carpeta "05. MEMORIAL DEL 2 DE DICIEMBRE DE 2020" / archivo "sustentación recurso de apelación juzgado 10 civil del circuito.pdf"

- a)** Sostiene probado que la Constructora utilizó publicidad engañosa que indujo en error a la demandante, al incluir los logos de la Fiduciaria y de una Cooperativa, lo que promovía confianza en los inversionistas y que se constató mediante la confesión del representante legal de la Constructora que realmente nunca hubo respaldo de crédito constructor.
- b)** Afirma demostrado el incumplimiento de la Constructora en cuanto a la fecha de inicio del proyecto porque se ofreció para el 13 de diciembre de 2015 y se demostró que realmente lo fue el 30 de octubre de 2016 y; también en cuanto a la fecha de entrega porque, teniendo en cuenta la fecha real de inicio de la obra y que su duración se estimó en 18 meses, se acreditó que no se culminó en dicho lapso, por el contrario, la obra quedó suspendida.
- c)** Asevera que el contrato de encargo fiduciario (cláusula 11), el contrato de fiducia (cláusula 22), su otrosí y la carta de instrucciones fueron elaborados por la Fiduciaria y las estipulaciones referidas son abusivas porque pretenden exonerarla cuando ella debe responder solidariamente por las siguientes razones: i) haber entregado dineros recaudados extemporáneamente, toda vez que tenía plazo de hacerlo hasta el 13 de junio de 2016 y lo hizo con posterioridad; ii) liberar los recursos sin verificar la aprobación del crédito constructor ni la certificación del cumplimiento del punto de equilibrio financiero del proyecto y; iii) omitir el control del proyecto para la liberación de los recursos porque conoció el mal estado financiero de la Constructora y siguió entregándole dineros hasta agotarlos y luego se negó a devolverlos a los demandantes.
- d)** Aduce que los perjuicios morales de los demandantes quedaron acreditados en el interrogatorio que se les practicó y, en todo caso, las reglas de la experiencia indican que un evento como este implica un padecimiento moral que amerita indemnización.
- Réplica de Constructora Peso S.A.⁷: Se opuso a la prosperidad de la alzada precisando que una vez iniciada la ejecución del proyecto la entidad financiera que otorgaría el crédito constructor decidió retirarse, razón por la cual no puede hablarse de publicidad engañosa; que el motivo por el cual no se ha podido reanudar y culminar la obra es por la medida cautelar promovida por los demandantes, lo que le impidió conseguir otra financiación y; que los actores son personas que podían comprender los términos del proyecto al que se vinculaban y podían verificar las condiciones de las ofertas.

⁷ Ver ruta: carpeta “012. MEMORIAL DEL 18 DE MAYO DE 2021” / archivo “PESO RECURSO (1).pdf”

Arguyó que la acción resolutoria quedó sin objeto al verificar que las promesas de compraventa adolecen de un vicio que configura nulidad absoluta, por lo que no hay lugar a discutir el incumplimiento; que los contratos de encargo fiduciario y fiducia no fueron suscritos por los demandantes y, por tanto, no los pueden discutir; que frente a la carta de instrucciones que firmaron los demandantes, ellos mismos manifestaron que no advirtieron ninguna inconformidad; que la declaración de responsabilidad civil se basa en el presunto incumplimiento de los contratos de promesa de compraventa que fueron declarados nulos, por lo cual, no es dable solicitar la indemnización referida y frente a ellos la Fiduciaria es un tercero, por lo que no está llamada a responder y; que los perjuicios morales no fueron probados, pues para ello no bastan las manifestaciones durante los interrogatorios de parte.

3.2 Problemas Jurídicos.

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Sala establecer lo siguiente:

- i) Determinar si este litigio se ciñe exclusivamente al análisis de la ineficacia de las cláusulas de los contratos discutidos o si trasciende a la acción resolutoria y, en tal caso, establecer la relevancia de las cláusulas controvertidas.
- ii) Si la ineficacia demandada y los presuntos incumplimientos de las demandadas dan lugar a las condenas pretendidas.

4. FUNDAMENTO JURÍDICO.

4.1 Contratos de adhesión y cláusulas abusivas.

Las relaciones de consumo están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 1480 de 2011, estatuto general del consumidor y por la Ley 1328 de 2009, norma especial a las relaciones de consumo financieras.

En los términos del literal c) del artículo 2 de la Ley 1328, es consumidor financiero todo *cliente, usuario o cliente potencial* de las entidades vigiladas, esto es, quien tenga relación legal o contractual, use los servicios o se encuentre en tratativas preliminares con entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 define al consumidor en general como el destinatario final que *adquiera, disfrute o utilice un determinado producto* en busca de satisfacer una necesidad *propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*.

Parte de la protección al consumidor, comprende la definición de los denominados contratos por adhesión que, según el literal f) del artículo 2 de la Ley 1328 y el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1480, consisten en aquellos clausulados elaborados unilateralmente y por tanto dispuestos por el productor, proveedor o entidad financiera vigilada, que no dan lugar a discusión ni modificación por parte del consumidor, limitando su derecho a aceptarlas o rechazarlas.

En el contexto de los contratos por adhesión, se desarrolla la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas.

La Sala de Casación Civil conceptualizó las cláusulas abusivas así:

*"son 'características arquetípicas de las cláusulas abusivas – primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes"*⁸

La Ley 1328 no establece una definición expresa de lo que es una cláusula abusiva, aunque si refiere en el literal e) del artículo 7 el desequilibrio como uno de sus atributos fundamentales.

El Estatuto del consumidor es más preciso al respecto y a él se debe acudir por tratarse de la norma residual, según dispone el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1480⁹:

"Artículo 42. Concepto y prohibición. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

⁸ CSJ, sentencia SC del 2 de febrero de 2001, exp: 5670; sentencia SC del 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462, sentencia SC1806 de 2015, rad. 2000-00108-01; sentencia SC129 de 2018, rad. nº. 2010-00364-01, entre otras.

⁹ "ARTÍCULO 2o. OBJETO. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley."

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

A modo enunciativo, el artículo 43 de la Ley 1480 establece un listado de cláusulas abusivas *ineficaces* de pleno derecho y, en el mismo sentido, el artículo 11 de la Ley 1328 relaciona algunas estipulaciones consideradas abusivas y dispone que ellas se entenderán *no escritas* o sin efectos para el consumidor financiero.

Con relación a la consecuencia jurídica de las cláusulas abusivas, la Sala de Casación Civil se pronunció en la sentencia SC1301-2022, citando la referida normativa del consumidor y el artículo 897 del Código de Comercio, que define la ineficacia de pleno derecho en materia mercantil, así como su propia doctrina:

“(...) la citada forma de ineficacia –la inexistencia– opera, por regla general, de pleno derecho, en el sentido de que cuando uno de los motivos a través de los cuales se la concibe brota en forma diamantina u ostensible, se produce automáticamente, ipso iure, sin necesidad de un fallo judicial que la declare; de este modo, una vez comprobada por el juez, ello impedirá que este pueda acceder a pretensiones fundadas en un pacto con una anomalía tal, porque para ello tendría que admitir que el mismo sí satisface a plenitud las mencionadas condiciones esenciales generales al igual que las similares atinentes al específico asunto del que se tratare; en caso de que no, reiterase, en la hipótesis de que no reúna los unos y los otros, el convenio no producirá efecto alguno, sin que sea menester de un pronunciamiento que así lo reconozca, pues basta que el juez constate la deficiencia que de manera palmaria la tipifique para que descalifique las súplicas que se pudieran fundar en el pacto que la ley tiene por inexistente; contrariamente, en las hipótesis en que la mentada anomalía no se evidencie en forma manifiesta, sino que exija la decisión respectiva de la jurisdicción, cual sucede si el acto existe de manera aparente, le tocará entonces al interesado destruir, ya a través de la acción ora de la excepción, esa apariencia (acto putativo).”¹⁰

Conforme a lo anterior, los artículos 11 de la Ley 1328 y 43 de la Ley 1480 implican la ineficacia de pleno derecho y ello significa que, sin necesidad de declaración judicial, una vez se constate la configuración de una cláusula abusiva, la misma no produce efectos y, por tanto, no puede servir

¹⁰ Sentencia del 12 de mayo de 2022, citando la SC 6 ago. 2010, exp. 2002-2010 y la SC 13 dic. 2013, exp. 1999-01651-01.

de fundamento jurídico, siendo procedente descalificar o demeritar las solicitudes que en ella se cimenten.

En concordancia, el artículo 44 de la Ley 1480 establece los efectos de la ineficacia, al disponer que ella no afecta la totalidad del contrato mientras pueda subsistir sin la cláusula ineficaz, lo que debe precisar la autoridad.

4.2 Condición resolutoria tácita.

Por disposición de los artículos 1494 a 1496 del Código Civil, se entiende por contrato el acuerdo de voluntades en virtud del cual un sujeto se obliga con otro a dar, hacer o no hacer alguna cosa, prestaciones que se pueden establecer a cargo de ambos contratantes y entonces se denomina bilateral.

El artículo 1602 del mismo estatuto establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales y el artículo 1603 consagra que el principio de buena fe debe regir su ejecución, de tal forma que tales negocios obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen.

El artículo 1546 del mismo ordenamiento ¹¹ consagra la condición resolutoria tácita en caso de incumplimiento en los contratos bilaterales, que corresponde a la facultad alternativa del contratante cumplido para reclamar judicialmente del incumplido la resolución o el cumplimiento del contrato, ambas con indemnización de perjuicios.

Esta acción alternativa tiene especial respaldo en el artículo 1609 del Código Civil, conforme al cual, "*en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*".

Tradicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha establecido como presupuestos axiológicos para el ejercicio de las acciones alternativas consagradas en el artículo 1546: i) la existencia de un contrato bilateral válido, ii) el cumplimiento o allanamiento a cumplir en la forma y tiempo debidos por parte del demandante y iii) el incumplimiento del demandado:

¹¹ Código Civil "ARTICULO 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."

*"... la facultad de resolver los contratos por incumplimiento requiere la presencia de varios presupuestos o requisitos que, aunque no generan unanimidad en la doctrina, se han concretado tradicionalmente en la existencia de un contrato bilateral válido, el incumplimiento de uno de los contratantes y el cumplimiento o la disposición a cumplir del otro."*¹².

Así, ha dicho la Corte que:

*"puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios..."*¹³

4.3 Fiducia mercantil inmobiliaria.

El marco jurídico del contrato de fiducia mercantil es desarrollado por los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, en el que se define como el negocio jurídico en el que:

"una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario"

Los negocios fiduciarios tradicionalmente se han calificado como de confianza en razón de su naturaleza. Al respecto ha indicado la Corte:

*"La expresión fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fiel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro"*¹⁴

¹² Radicación 41001-3103-004-1996-09616-01 del 18 de diciembre de 2009 y en el mismo sentido las sentencias SC3666-2021 del 25 de agosto de 2021, SC4445-2020 del 17 de noviembre de 2020, SC6906-2014 del 3 de junio de 2014 y expediente No. 7582 del 11 de marzo de dos mil cuatro 2004.

¹³ CSJ, sentencia SC1662 de 2019 reiterada en sentencias SC4801 de 2020 y SC3666 de 2021.

¹⁴ CSJ, sentencia SC del 30 de julio de 2008, exp. 1999-01458-01.

En tal sentido, el fideicomitente confía en el profesionalismo del fiduciario y por ello entrega sus bienes para conformar un patrimonio autónomo a cargo del segundo, quien adquiere los deberes establecidos en el artículo 1234 del Código de Comercio y solo puede renunciar a la gestión por los motivos indicados en el acto de constitución o por las causales previstas en el artículo 1232 del mismo Código, con autorización de la Superintendencia Financiera. La relevancia y trascendencia de dicha actividad explica la exigencia de calificación profesional de quienes la desarrollan, restringiéndola determinados establecimientos definidos en la ley y autorizados por la Superfinanciera, en los términos del artículo 1226.

La fiducia mercantil para proyectos inmobiliarios no cuenta con una regulación especial, por ello se rige por las disposiciones generales del Código de Comercio. Además, las entidades vigiladas están sujetas al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, que contiene normas específicas al respecto.

En cuanto al contrato de fiducia para proyectos inmobiliarios, ha explicado la Corte:

"Se trata de una clase de los denominados negocios fiduciarios de administración (fiducia cum amico), por virtud del cual un constructor o promotor de un proyecto constructivo, actuando como fiduciante o fideicomitente, le transfiere la propiedad del inmueble en que se desarrollará dicho proyecto, a una sociedad fiduciaria, para que administre y realice las gestiones necesarias para su ejecución, y una vez concluida, le transmita las unidades inmobiliarias edificadas al mismo fiduciante o a quienes hubieren llegado a vincularse como beneficiarios."¹⁵

La presencia de las entidades fiduciarias en los proyectos inmobiliarios, en sus diferentes expresiones, genera una especial confianza en las partes involucradas en la operación, pues se trata de una entidad especialista en la gestión de negocios de esa índole, autorizada, controlada y vigilada por el Estado, al punto de convertirse en un factor determinante al momento de tomar la decisión de vincularse a un proyecto inmobiliario.

En cuanto a sus modalidades, la Circular externa 046 de 2008, establece en su artículo 8.2., que esta clase de contrato tiene como *"finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho*

¹⁵ CSJ, sentencia SC5430 del 7 de diciembre de 2021, rad. 2014-01068-01.

proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato”, el cual se puede presentar en tres modalidades:

8.2.1 De administración y pagos *Es el negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.*

8.2.2 De tesorería *Es el negocio fiduciario que tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.*

8.2.3 De preventas *Es el negocio fiduciario que conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.”*

Además, es importante advertir que existe diferencia conceptual entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario, básicamente por la transferencia de la propiedad. Al respecto la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera precisa en su parte II, título II capítulo I numeral 1.1:

“Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el art. 1226 y siguientes del C.Cio. Si no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C.Cio en relación con el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1 del art. 146 del EOSF.”

4.4 La responsabilidad civil de las fiduciarias.

Las obligaciones de las compañías fiduciarias emergen de los contratos que suscriben, los deberes indelegables contenidos en el artículo 1234 del Código de Comercio, así como los deberes accesorios de información, consejo y previsión connaturales a los negocios fiduciarios desarrollados en el literal b) del artículo 2.2.1. de la Circular Básica Jurídica de la Superfinanciera.

En todo caso que, las obligaciones que contrae el fiduciario mercantil no son de resultado sino de medio, por lo que, en cualquier controversia derivada de no haberse obtenido el fin propuesto, puede exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado.

La responsabilidad profesional del fiduciario no se inscribe en ninguna categoría especial, sino que se rige por los postulados generales, estructurándose por el incumplimiento de las obligaciones o deberes contractuales o legales asumidos por el experto. Así mismo, en los términos del artículo 1243 del Código de Comercio el fiduciario responde "*hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión*", norma que armoniza con el artículo 1604 del Código Civil, conforme al cual, el deudor es responsable de la culpa leve "*en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes*", como es el de fiducia.

Al respecto ha dicho la Corte:

"el grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 C.C.), sino el de un «buen hombre de negocios», comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante.

*Lo dicho, porque si es precisamente por la confianza que ese profesionalismo despierta que el constituyente acuda a la intervención de la fiduciaria para transferirle sus bienes destinados a una específica finalidad, y esa misma confianza en gran medida motiva a otros sujetos a celebrar contratos asociados que los vinculan al fideicomiso, es apenas de esperar que la sociedad especializada honre las cargas que emanan no solo del contrato sino de la ley y del principio de buena fe en cada una de las fases del convenio, desplegando una diligencia extrema encaminada a no defraudar la credibilidad que despertó en los demás contratantes."*¹⁶

¹⁶ CSJ, sentencia SC5430 del 7 de diciembre de 2021, rad. 2014-01068-01.

Bajo tal panorama, la responsabilidad de la fiduciaria está relacionada con su calidad de experto en la administración de proyectos similares. Sus obligaciones provienen tanto de los dictados legales y contractuales como de la buena fe en el cumplimiento de su función, por lo tanto, se espera un grado de diligencia profesional por parte de la fiduciaria. Además, dada la naturaleza de su gestión, se espera que actúe como un buen hombre de negocios so pena de responder por los perjuicios que cause.

4.5 Contratos coligados.

Los contratos coligados son aquellos acuerdos de voluntad que, pese a estar regulados típica e individualmente, su perfeccionamiento concomitante o inmediato al perfeccionamiento de otros contratos celebrados para alcanzar un propósito, implica que operen mutuamente y dependan funcionalmente los unos de los otros en virtud del convenio de las partes, de modo que un imprevisto o contingencia relevante de uno de ellos puede afectar a los demás y al funcionamiento del negocio en su conjunto.

Al respecto, ha dicho la Corte que:

“En los contratos coligados, según enseña la doctrina, no hay un único contrato atípico con causa mixta ‘... sino una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja, luego el criterio de distinción no es aquél, formal, de la unidad o de la pluralidad de los documentos contractuales, ya que un contrato puede resultar de varios textos y, por contra, un único texto puede reunir varios contratos. El criterio es sustancial y resulta de la unidad o pluralidad de causas...’ (Francesco Galgano. El Negocio Jurídico. Cap. IV. Sección 2ª. Núm. 26); en otras palabras, habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión’ (Cas. Civ., sentencia de 6 de octubre de 1999, exp. No. 5224).

(...) Sin pretender elaborar un concepto terminado del fenómeno de que se trata, sino con ánimo, más bien, de destacar los elementos que lo estereotipan, cabe decir que él opera, así parezca obvio señalarlo, en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de

dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede trascender en su formación, ejecución o validez, o como bien lo puntualiza el doctrinante Renato Scognamiglio, ‘dos elementos se tornan necesarios para que pueda hablarse de negocios coligados: una pluralidad de negocios y la conexión entre ellos mismos’.”¹⁷

En tales términos, para establecer la existencia de contratos coligados, se requiere constatar los vínculos entre multiplicidad de contratos con finalidades y funciones de relevancia jurídica, a tal punto que uno, varios o todos ellos tengan influencia sobre el otro u otros. Esta influencia puede ser recíproca o bien derivarse de un concurso simultáneo o de una secuencia de actos cronológicamente dispuestos.

Nótese que la característica que configura el coligamiento contractual es que los distintos contratos se relacionan como un todo, tal rasgo diferencia la coligación contractual de la simple existencia de varios contratos entre las mismas partes o con la celebración de diferentes actos jurídicos en el mismo documento; pues, se insiste, lo que distingue el coligamiento contractual no es el número de acuerdos sino los lazos que unen los varios tratados con un propósito común o interrelacionado. Esta finalidad debe ser evidente para considerar el negocio como uno solo.

5. CASO CONCRETO.

5.1 Calificación jurídica del litigio.

El artículo 281 del CGP consagra el principio de congruencia en la decisión judicial, conforme al cual la competencia del juez se determina por las pretensiones y hechos de la demanda y por las excepciones propuestas por la defensa, así que son las partes las llamadas a fijar fácticamente los límites de la decisión judicial, pues al juez corresponde efectuar la correspondiente calificación jurídica.

Según la doctrina de la Corte Suprema, con relación al principio *iura novit curia*:

*“(…) En este punto, memórese que el juez tiene el deber de resolver de fondo la controversia puesta a su consideración, teniendo en cuenta el principio fundamental de que sólo ésta limitado a no variar la causa petendi (hechos), pero no así a determinar el derecho aplicable al juicio o a revisar si los presupuestos de cada una de las acciones se cumplen o no, dado que en virtud del principio *iura novit curia* las partes no tienen la carga de probar*

¹⁷ CSJ, sentencia SC del 25 de septiembre de 2007, rad. 2000-00528-01 reiterado en sentencia SC5690 del 19 de diciembre de 2018, rad. 2008-00635-01.

el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario (...)"¹⁸

En otra providencia:

"La calificación del instituto jurídico que rige el caso es una atribución de la función judicial en razón del postulado del iura novit curia. Por lo tanto, corresponde hacerla al juez mediante la elaboración de los enunciados calificativos que le permiten delimitar el tema de la prueba y solucionar el conflicto jurídico mediante la declaración de la consecuencia prevista en la proposición normativa que contiene los supuestos de hecho que soportan las pretensiones y resultan probados en el proceso."¹⁹

En el caso bajo estudio, la lectura de las pretensiones principales permite advertir que lo que se solicitó fue declarar la ineficacia del contrato de encargo fiduciario, como consecuencia de ello la devolución de los dineros entregados y el reconocimiento del daño moral causado, pero de lo hechos de la demanda se aprecia que tal petición se fundamentó tanto en la existencia de cláusulas abusivas como en el incumplimiento de las obligaciones de la Fiduciaria y de la Constructora.

En ese contexto, el juez *a quo* calificó la demanda como una reclamación limitada a la ineficacia por cláusulas abusivas, reservando su análisis a la primera pretensión principal, sin considerar las pretensiones consecuenciales pero, sobre todo, obviando los supuestos de hecho en que se funda la reclamación y, por ello, al descartar la existencia de tales cláusulas y su relevancia frente a lo pedido, desestimó las pretensiones principales y pasó al estudio de las subsidiarias en donde finalmente abordó oficiosamente la nulidad de las promesas de compraventa

Esta Sala de Decisión disiente de tal calificación jurídica, pues la *causa petendi* no se limitó a la inconformidad con unas cláusulas presuntamente abusivas, sino que también se fundamentó en la conducta de la Fiduciaria y de la Constructora, que la demandante denunció como de incumplimiento contractual, así se aprecia en el hecho VIGÉSIMO:

"A pesar de que mis poderdantes han efectuado los pagos en los términos y condiciones acordados, las sociedades FIDUCIARIA CENTRAL S.A. y CONSTRUCTORA PESO S.A., han incumplido de manera reiterada con sus obligaciones legales y contractuales recíprocas, y en especial las contenidas en el encargo fiduciario y en el contrato de promesa de compraventa, legitimando a mis

¹⁸ CSJ, sentencia STC14160 del 16 de octubre de 2019, rad. 2019-03256-00.

¹⁹ CSJ, sentencia SC780 del 10 de marzo de 2020, rad. 001-2010-00053-01.

clientes para aplicar los efectos del artículo 1546 del Código Civil Colombiano...".

Así las cosas, si bien la demandante solicitó la ineficacia del contrato de encargo fiduciario por la existencia de cláusulas abusivas e invocando el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, tal calificación jurídica no ata al juez, pues en la función de administrador de justicia, le corresponde establecer la institución jurídica que rige la decisión dentro del marco fáctico planteado por las partes.

En este caso, los hechos de la demanda refirieron la presunta existencia de unas cláusulas abusivas, pero principalmente se enfocaron en describir la ocurrencia de presuntos incumplimientos dentro de la estructura contractual diseñada para la comercialización y construcción del proyecto inmobiliario de vivienda Acrópolis, en virtud de los cuales se pide una indemnización de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

En concreto, se demanda porque el Constructor no obtuvo el crédito constructor requerido, el proyecto fue suspendido y cuando se solicitó la devolución de los dineros entregados la respuesta fue que los mismos ya habían sido dispuestos por la Constructora, de allí que lo que se pide sea la devolución de tales sumas y el reconocimiento de los padecimientos subjetivos que ocasionó.

En tales condiciones, para la Sala la acción ejercida no se enmarca exclusivamente en la ineficacia contractual del encargo fiduciario por cláusulas abusivas, sino fundamentalmente en su resolución por incumplimiento de la Constructora y de la Fiduciaria, marco dentro del cual se debió resolver el litigio.

Por tal razón, la Sala se aparta de la solución que ofreció el *a quo*, al haber desestimado las pretensiones principales y haber procedido al estudio de las subsidiarias, momento en el cual halló probada la excepción de oficio por nulidad absoluta de las promesas de compraventa. Conforme a lo expuesto, se el Juzgado se abstuvo de analizar la verdadera causa petendi puesta a su disposición y es por ello que su decisión será revocada y se procede al análisis de la pretensión principal en los términos de la calificación efectuada por la Sala y en el marco de los reparos formulados.

5.2 Contratos coligados.

En el presente asunto se encuentra probada la celebración de múltiples contratos interrelacionados y dependientes entre sí: i) el de encargo fiduciario de preventas No. 2015019, del 13 de febrero de 2015 (en adelante el ENCARGO); ii) el de fiducia mercantil de administración y pagos inmobiliario No. 2016111, del 29 de julio de 2016 (en adelante la

FIDUCIA) y; iii) sendos contratos de promesa de compraventa suscritos entre la Constructora y algunos de los demandantes.

5.2.1 El 13 de febrero de 2015 Constructora Peso S.A., y Fiduciaria Central S.A., celebraron el contrato de ENCARGO para la preventa de la etapa I del Proyecto Acrópolis, con el siguiente objeto²⁰:

TERCERA.- OBJETO: El objeto del presente contrato de Encargo Fiduciario consiste en que LA FIDUCIARIA facilite el proceso de promoción y comercialización de LA ETAPA I DEL PROYECTO; reciba y administre durante la fase de preventa el cien por ciento (100%) de las sumas de dinero entregadas por LOS ADHERENTES para la futura adquisición de las UNIDADES INMOBILIARIAS DE LA ETAPA 1 DEL PROYECTO, quienes se vincularán al Fondo Abierto que administra LA FIDUCIARIA hasta el cumplimiento de LAS CONDICIONES para la liberación de los recursos, de tal manera que, una vez cumplidas LAS CONDICIONES para iniciar con la ejecución de cada etapa del PROYECTO, entregue a EL CONSTITUYENTE, los recursos administrados para la construcción del mismo.

La utilización del vehículo Fiduciario para el presente contrato obedece al interés de EL CONSTITUYENTE de brindar transparencia y confianza en la administración de los recursos que se vinculen al desarrollo del PROYECTO.

Del contrato de ENCARGO se deduce que la Fiduciaria se obligó a i) recibir los dineros que entregaran los adherentes como parte del precio de las unidades inmobiliarias, ii) administrarlos en un fondo abierto y iii) liberarlos una vez se cumplieran las condiciones legales, técnicas y financieras enlistadas en la cláusula CUARTA²¹.

Los demandantes afirmaron haberse vinculado al ENCARGO a través de la suscripción de los documentos de adhesión propuestos por la Fiduciaria y por la Constructora, los cuales obran en el expediente denominados como *Formato de Solicitud de Vinculación Persona Natural*²², *Prospecto del Fondo Abierto Fiduciaria Central*²³ e *Instrucciones Para el Manejo de Recursos en el Fondo Abierto Fiduciaria Central*²⁴.

Dicha vinculación fue expresamente reconocida por la Fiduciaria en la contestación a la demanda respecto de todos ellos, cuando afirmó:

"... los recursos aportados por los adherentes de dicho fondo de inversión colectiva, "FONDO ABIERTO FIDUCIARIA CENTRAL" permanecen en el patrimonio autónomo que conforma tal fondo, al cual se adhirieron los interesados en vincularse al proyecto acrópolis, quienes con la carta de instrucciones mencionada suscribieron la "PROSPECTO Y REGLAMENTO FONDO ABIERTO

²⁰ Ver ruta: carpeta "01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO" / archivo "02. Anexos de Folios 54 a 156.pdf" páginas 30 a 51.

²¹ Ver ruta: carpeta "01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO" / archivo 27 pg 54.

²² Entre otros, ver carpeta 01, archivo 05, páginas 193 y 194.

²³ Entre otros, ver carpeta 01, archivo 05, páginas 195 y 196.

²⁴ Entre otros, ver carpeta 01, archivo 05, páginas 154 a 162.

FIDUCIARIA CENTRAL” a través de la cual manifestaron conocer la función de administración de FIDUCIARIA CENTRAL S.A...”

La conexión entre el ENCARGO, la solicitud de vinculación, el prospecto, el reglamento y la carta de instrucciones suscritas deriva de su contenido.

En efecto, en el prospecto se prevé: “[p]ara ingresar al fondo el inversionista deberá aceptar las condiciones establecidas en el presente Prospecto y hacer la entrega efectiva de los recursos, así como proporcionar la información relacionada con la de conocimiento del cliente...”; mientras que en el reglamento se estipula: “[p]or medio del presente Reglamento, requisito obligatorio para la vinculación de Inversionistas al FONDO ABIERTO FIDUCIARIA CENTRAL...” y; a su turno, en la carta de instrucciones se indica “[l]os recursos por mi (nosotros) entregados ingresaran al Fondo Abierto – Fiduciaria Central que administra LA FIDUCIARIA, una vez entregue (entreguemos) diligenciado (s) en debida forma el (los) formulario (s) de vinculación a FIDUCIARIA CENTRAL S.A. con los documentos anexos exigidos en él”. Como se aprecia, la suscripción de los documentos de vinculación (solicitud, prospecto, reglamento y carta) era indispensable para la vinculación al Proyecto.

La conexión entre la carta de instrucciones y el ENCARGO es todavía más evidente, pues en ella se refieren los mismos requisitos legales, técnicos y financieros previstos en el ENCARGO para la liberación de los recursos.

5.2.2 El 29 de julio de 2016, la Constructora y la Fiduciaria suscribieron el contrato de FIDUCIA, en virtud del cual se constituyó un fideicomiso con el siguiente objeto:

QUINTA.- OBJETO: El presente contrato tiene por objeto la administración de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil por **EL FIDEICOMITENTE**, y los bienes que ingresen para incrementar el presente **FIDEICOMISO**, para que **LA FIDUCIARIA**, como vocera del mismo los administre de acuerdo con las instrucciones impartidas en el presente contrato y permita al **FIDEICOMITENTE**, por su cuenta y riesgo el proceso de comercialización y construcción del **PROYECTO**, reciba y administre los recursos producto del cumplimiento de las condiciones de desembolso de los encargos fiduciarios citados en la consideración quinta y sexta anteriores, reciba y administre las sumas de dinero entregadas por los **PROMITENTES COMPRADORES** de las unidades inmobiliarias resultantes del **PROYECTO**, reciba y administre los recursos que desembolse el **BANCO O ENTIDAD VIGILADA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA DE COLOMBIA**, producto del crédito constructor y que dichos recursos sean girados al **FIDEICOMITENTE** para la construcción del **PROYECTO**, previo visto bueno del **VEEDOR** designado.

La utilización del esquema Fiduciario para el presente negocio obedece al interés del **FIDEICOMITENTE** de obtener una administración segura, confiable y transparente de los bienes que ingresarán e incrementen **EL FIDEICOMISO**.

“Al servicio de la justicia y de la paz social”

Una vez terminadas la ejecución del **PROYECTO** por parte de **EL FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR**, y previamente incorporadas al **FIDEICOMISO** las mejoras realizadas por dicho **FIDEICOMITENTE, LA FIDUCIARIA**, en la calidad referida en las definiciones anteriores, transferiré a los **PROMITENTES COMPRADORES**, las unidades inmobiliarias resultantes del **PROYECTO** respecto de las cuales se vincularon, siempre y cuando se encuentren a paz y a salvo por todo concepto derivado del presente contrato de fiducia mercantil y del contrato de **PROMESA DE COMPRAVENTA** respectivo.

Finalmente, se entregará a los **BENEFICIARIOS** del **FIDEICOMISO**, los bienes y recursos que se encuentren formando parte del **FIDEICOMISO** al momento de liquidarlo, una vez se haya efectuado la transferencia de todas las unidades resultantes del proyecto, y se hayan cubierto todos los costos y gastos del **FIDEICOMISO**. Se deja constancia que el presente contrato no sirve de garantía ni fuente de pago, toda vez que obedece únicamente a un fideicomiso de administración inmobiliaria.

Del contrato de FIDUCIA se deduce que la Fiduciaria se obligó a recaudar y administrar los dineros recibidos con ocasión del ENCARGO, las promesas de compraventa y el crédito constructor, así como a girar dichos recursos al Constructor para la realización del proyecto constructivo a condición del visto bueno de un veedor y a transferir la propiedad de las unidades resultantes a los promitentes compradores²⁵.

En tal sentido, obran contratos de promesa de compraventa²⁶ donde la Constructora funge como promitente vendedora y algunos de los integrantes de la demandante como promitentes compradores, en los cuales se describió el número de inmueble prometido en venta y se dijo que estos forman parte del proyecto inmobiliario Acrópolis Apartamentos, se indicó el número de la unidad inmobiliaria y para su identificación se hizo referencia al inmueble de mayor extensión, a un plano geo referenciado y a unas especificaciones técnicas y de entrega.

5.2.3 En síntesis, se puede concluir que los contratos de ENCARGO, FIDUCIA y promesa de compraventa son contratos coligados porque, aunque típicamente son autónomos, en este caso fueron dispuestos en conjunto y con un propósito común consistente en la comercialización y construcción del proyecto inmobiliario de vivienda denominado Acrópolis.

En efecto, se vinculó a los interesados en adquirir las futuras unidades inmobiliarias mediante firma de documentos obligatorios para la adhesión al ENCARGO en el que la Fiduciaria se obligó a recibir de ellos sumas de dinero, invertir las en un fondo abierto y administrarlas hasta el momento en que se cumplieran unas determinadas condiciones para su liberación.

²⁵ Ver ruta: carpeta “01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO” / archivo 27 pg 15.

²⁶ Ibidem páginas 156 a 273 y ver ruta: carpeta “01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO” / archivo “05. Anexos de folios 512 a749.pdf” páginas 1 a 59.

Por su parte, en virtud del contrato de FIDUCIA, los dineros recaudados debían ser trasladados a un fideicomiso administrado por la Fiduciaria, patrimonio autónomo conformado por el inmueble sobre el cual se construiría el proyecto, los dineros depositados por los adherentes y/o promitentes compradores, así como por los recursos desembolsados por la entidad financiera que otorgara el crédito constructor, recursos que debían ser girados por la Fiduciaria a la Constructora para llevar a cabo la construcción, previo visto bueno de veedor designado, al cabo de lo cual la Fiduciaria debía transferir los bienes terminados a los adherentes promitentes compradores.

5.3 Acción resolutoria.

Como se expuso, la prosperidad de la acción resolutoria requiere la acreditación de la existencia de un contrato bilateral válido, el cumplimiento o allanamiento a cumplir en la forma y tiempo debidos por parte del demandante y el incumplimiento del demandado.

En consecuencia, se procede al análisis del contrato de ENCARGO por haber sido aquel contra el que se dirigieron las pretensiones principales, sin perjuicio de los efectos de la decisión respecto de los demás contratos coligados.

5.3.1 Existencia de un contrato bilateral válido y cláusulas abusivas.

El ENCARGO cumple los presupuestos de existencia y validez contemplados en el artículo 1502 del Código Civil y 1226 del Código de Comercio, pues fue suscrito por los representantes legales de la Constructora y la Fiduciaria, entidad autorizada por la Superfinanciera para el desarrollo de tal tipo de actividades, a él se adhirieron los demandantes suscribiendo 4 documentos obligatorios para hacer parte del proyecto constructivo y de ello se predica capacidad en virtud de su mayoría de edad; el consentimiento para la celebración y adherencia consta en el contrato y en los documentos de adhesión aportados, además la Fiduciaria confesó que a través de éstos vinculó al Fondo Abierto a todos los demandados en idénticos términos, pues solo cambiaba la identificación por tratarse de contratos de adhesión y; el objeto y causa son lícitos, esto es la promoción y construcción de un proyecto inmobiliario de vivienda, pues no está prohibido en la ley. Además, la existencia y validez del contrato de ENCARGO no fue controvertida.

Sin perjuicio de lo anterior, parte de la pretensión principal se dirigió a atacar la eficacia del contrato de ENCARGO por contener cláusulas abusivas que serían aquellas en las que se estipuló que los adherentes conocen y aceptan el ENCARGO, dejando constancia de entrega de copia del mismo, se confirió la potestad al Constructor de realizar cambios

unilaterales al proyecto y se exoneró de toda responsabilidad a la Fiduciaria

De las tres estipulaciones controvertidas, la Sala considera que solamente una de ellas tiene relevancia para la decisión del litigio, pero su ineficacia no trasciende a la totalidad del contrato de ENCARGO ni a los coligados que subsisten a ella, sin perjuicio del análisis ulterior que se realizará en punto de la resolución.

a) La cláusula que hace referencia al conocimiento del contrato de ENCARGO, se encuentra tanto en la carta de instrucciones²⁷, en el prospecto²⁸ y en el reglamento²⁹.

Esta previsión obedece a una directriz de la Superfinanciera en punto de la protección, acceso e información al consumidor financiero, especialmente prevista para la fiducia inmobiliaria³⁰ y cuya desatención se considera una práctica abusiva³¹; de tal forma que, por sí misma y en el marco del proyecto inmobiliario descrito no constituye una cláusula abusiva, por el contrario, la previsión expresa sirve para advertir a los adherentes del derecho que tienen a conocer los contratos que estructuran el proyecto y a reclamar por ello en caso de una conducta contraria. En tal sentido la Sala coincide con los argumentos ofrecidos por el *a quo*.

²⁷ Entre otros, ver carpeta 01, archivo 05, páginas 154: “Por la presente instruyo (instruimos) a esa sociedad Fiduciaria, para que los dineros que entregue (entreguemos) al Fondo Abierto – Fiduciaria Central por ella administrado, - cuyo reglamento y prospecto **manifiesto (amos) conocer y aceptar por haber recibido su copia** - ...” (Se destaca)

²⁸ Entre otros, ver carpeta 01, archivo 05, páginas 196: “La Sociedad Administradora **dejará constancia de que el inversionista ha recibido la copia escrita de éste y sobre la aceptación** y entendimiento de la información allí consignada, mediante Constancia de Adhesión al Prospecto del FONDO ABIERTO FIDUCIARIA CENTRAL.” (Se destaca)

²⁹ Entre otros, ver carpeta 01, archivo 05, páginas 197: “En mi condición de inversionista del FONDO ABIERTO FIDUCIARIA CENTRAL, manifiesto que conozco y acepto los términos contenidos en el presente Reglamento aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia. En tal sentido, declaro que Fiduciaria Central S.A., me ha explicado el objeto del Fondo, mis derechos y obligaciones como consumidor financiero, y en consecuencia he entendido el mismo.

Así mismo, declaro que he recibido información cierta, suficiente, clara y oportuna, que me permite conocer adecuadamente mis derechos, mis obligaciones y los costos relacionados con el Fondo. Por lo tanto, **que he recibido una copia de este Reglamento y que es mi voluntad adherirme al mismo.**” (Se destaca)

³⁰ Circular Básica Jurídica, Parte I, Título III, Capítulo I “3.4.7.1. Fiducia inmobiliaria ... Igualmente deben llevar a cabo los actos encaminados y conducentes para que en los puntos de venta de los proyectos inmobiliarios se expongan al público carteles o afiches fácilmente visibles en donde se explique de manera sencilla el funcionamiento del fideicomiso y el papel que desempeña la fiduciaria dentro del proyecto. Así mismo, gestionará que se publique una copia, al menos en tamaño original, de la cartilla referida y que se entregue, por cualquier medio verificable, una copia de ésta junto con el contrato.”

³¹ *Ibidem* “6.2. Prácticas abusivas. Se consideran abusivas por parte de las entidades vigiladas, entre otras, las siguientes prácticas: ... 6.2.12. Abstenerse de entregar o poner a disposición de los consumidores financieros copia de los contratos y/o de los reglamentos de los productos o servicios contratados.”

- b) La cláusula mediante la cual se aceptan eventuales cambios al proyecto de manera unilateral por parte del Constructor se aprecia en la carta de instrucciones, en los siguientes términos:

Manifiesto (manifestamos) que conozco y acepto los cambios que la sociedad CONSTRUCTORA PESO S.A., en su calidad de Constructor, pueda realizar al proyecto inmobiliario denominado "ACROPOLIS", ya sea en el número de unidades, áreas, características, especificaciones, sin que estos cambios impliquen modificación de la presente carta de instrucciones.

Claramente, tal previsión coincide con la prevista en el numeral 9 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, conforme al cual son ineficaces por abusivas las cláusulas que "[p]resuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo".

Como se indicó, el contrato de ENCARGO establece obligaciones para todas sus partes, los adherentes se comprometen a entregar unas sumas de dinero con destino a un Fondo Abierto, la Fiduciaria se obliga a administrarlos, invertirlos y entregarlos a la Constructora y, esta última se obliga a la realización de la obra, al cabo de lo cual se transfiere la propiedad de los inmuebles a los inversionistas.

De tal forma, anticipar la voluntad de los adherentes con relación a cambios unilaterales del proyecto resulta desproporcionado, en la medida en que el proyecto inmobiliario en sí mismo constituye el objeto de esta estructura contractual y, por tanto, la previsión examinada estaría convalidando que en contraprestación de sus aportes los adherentes podrían recibir algo menor o distinto de aquello que les fue ofrecido.

Sin embargo, en este punto la Sala también comparte los razonamientos del *a quo* en la medida que no es objeto del litigio una modificación unilateral del proyecto inmobiliario, de tal forma que esta cláusula, aunque abusiva, resulta irrelevante frente a la controversia.

- c) La cláusula que nos interesa, corresponde a la previsión de exoneración de responsabilidad de la Fiduciaria, que se aprecia en la parte final de la carta de instrucciones:

"Al servicio de la justicia y de la paz social"

Finalmente, declaro (declaramos) que he (hemos) sido informado (s) y en consecuencia conozco (conocemos) y acepto (aceptamos) que:

- ✓ No constituye por parte de LA FIDUCIARIA de manera alguna, directa ni indirectamente, la promoción de venta de los inmuebles que formarán parte del proyecto inmobiliario denominado "ACROPOLIS", ni se relaciona bajo ningún punto de vista la administración de los recursos con las actividades propias de la enajenación de inmuebles.
- ✓ LA FIDUCIARIA no participa en el desarrollo del mencionado proyecto, ni como constructor, ni como interventor, ni de manera alguna. Tampoco tiene ninguna injerencia en la determinación del punto de equilibrio que se requiera para llevar a cabo el mencionado proyecto, ni en la viabilidad jurídica y financiera del mismo.
- ✓ LA FIDUCIARIA en desarrollo del objeto del contrato de encargo fiduciario, en virtud del cual se suscribe la presente Carta de Instrucciones, administrará los recursos vinculados al proyecto inmobiliario denominado "ACROPOLIS", y los liberará a favor de la Sociedad CONSTRUCTORA PESO S.A., o del patrimonio autónomo que se constituya para tal efecto, para que sean utilizados en la construcción del citado proyecto, una vez haya recibido el total de la documentación que acredite el cumplimiento de las condiciones de tipo legal, técnico y financiero de conformidad con las Condiciones para la Liberación de Recursos establecidas en el referido Encargo Fiduciario y la presente Carta de Instrucción.
- ✓ He (hemos) recibido la información y explicaciones necesarias, oportunas y suficientes para impartir estas instrucciones, así como la charla informativa respecto del proyecto inmobiliario denominado "ACROPOLIS", por parte del asesor de la sala de ventas designado por la sociedad CONSTRUCTORA PESO S.A., en el sentido que la responsabilidad de la ejecución del proyecto es de dicha sociedad.
- ✓ Los recursos por mí (nosotros) entregados ingresarán al Fondo Abierto = Fiduciaria Central que administra LA FIDUCIARIA, una vez entregue (entreguemos) diligenciado (s) en debida forma el (los) formulario (s) de vinculación a FIDUCIARIA CENTRAL S.A. con los documentos anexos exigidos en él.

Como consecuencia de lo anterior, no puede imputársele responsabilidad alguna a FIDUCIARIA CENTRAL S.A. por los conceptos contenidos en las declaraciones anteriores.

En el mismo sentido, se aprecia estipulación en dos apartes del contrato de ENCARGO.

En la cláusula DÉCIMA PRIMERA, que trata la responsabilidad de la Fiduciaria:

DÉCIMA PRIMERA.- RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA: LA FIDUCIARIA responde hasta la culpa leve conforme al artículo 63 inciso 2o. del Código Civil. LA FIDUCIARIA responderá por realizar todas las actividades necesarias para ejecutar las gestiones encomendadas, pero en ningún caso responderá por el éxito o resultado perseguido por cuanto sus obligaciones son de medio y no de resultado, y en especial no garantizará el cumplimiento de las obligaciones de ninguna de las partes del presente contrato.

Es entendido que la responsabilidad de LA FIDUCIARIA se contrae en adelantar las gestiones que expresamente se prevén en este contrato, y por tanto, se predica de la gestión de administración de los recursos que conforman el ENCARGO FIDUCIARIO y tan sólo por ella responderá en los términos del presente contrato.

LA FIDUCIARIA en ningún caso asume en forma directa o a título institucional las obligaciones adquiridas por EL CONSTITUYENTE, razón por la cual siempre deberá

“Al servicio de la justicia y de la paz social”

entenderse que **LA FIDUCIARIA** en relación con el **ENCARGO FIDUCIARIO** actúa única y exclusivamente como administradora del mismo y en ningún caso como obligada directa o solidaria de dichas obligaciones, motivo por el cual no asume ninguna responsabilidad ante cualquier incumplimiento de las obligaciones a cargo de **EL CONSTITUYENTE**.

Y en la cláusula DÉCIMA QUINTA, correspondiente a declaraciones:

DÉCIMA QUINTA.- DECLARACIÓN: Las partes que suscriben el presente contrato hacen las siguientes declaraciones en relación con su celebración:

- 15.1. No constituye por parte de **LA FIDUCIARIA** de manera alguna, directa ni indirectamente, la promoción de venta de las unidades privadas del **PROYECTO** que se desarrollaran por cuenta y riesgo de **EL CONSTITUYENTE**.
- 15.2. No se relaciona bajo ningún punto de vista con las actividades propias de la enajenación de inmuebles.
- 15.3. **LA FIDUCIARIA** no participará en el desarrollo del **PROYECTO** ni como constructor, ni como interventor, ni de manera alguna. Tampoco tiene ninguna injerencia en la determinación del punto de equilibrio del **PROYECTO**, que se requiera para llevar a cabo el mencionado proyecto, ni en la viabilidad jurídica y financiera del mismo.

Como consecuencia de lo anterior, no puede imputársele responsabilidad alguna a **LA FIDUCIARIA** por los conceptos contenidos en las declaraciones anteriores.

- 15.4. **LA FIDUCIARIA** en desarrollo del objeto del presente contrato administrará los recursos vinculados al **PROYECTO**, y los liberará a favor de **EL CONSTITUYENTE** o del patrimonio autónomo que se constituya, para que sean utilizados en la construcción del citado **PROYECTO**, una vez haya verificado el cumplimiento de las condiciones de tipo legal, técnico y financiero, de conformidad con la *Cláusula Cuarta* anterior.

Entonces, de las estipulaciones que anteceden, los apartes que llaman la atención son los siguientes:

- De la carta de instrucciones “no puede imputársele responsabilidad alguna a **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.** por los conceptos contenidos en las declaraciones anteriores”.
- De la cláusula décima primera del ENCARGO: “**LA FIDUCIARIA...** no asume ninguna responsabilidad ante cualquier incumplimiento de las obligaciones a cargo de **EL CONSTITUYENTE**”.
- De la cláusula décima quinta del ENCARGO: “no puede imputársele responsabilidad alguna a **LA FIDUCIARIA** por los conceptos contenidos en las declaraciones anteriores”

Para establecer si dichas disposiciones resultan abusivas, los artículos 7 de la Ley 1328 y 42 de la Ley 1480 y la doctrina referida de la Corte, indican que corresponde establecer si contienen un desequilibrio significativo e injustificado en el contexto de “*las condiciones*”

*particulares de la transacción particular que se analiza*³², esto es, “*de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes*”³³.

En concordancia, los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, aplicables por remisión del artículo 822 del Código de Comercio, consagran las reglas de interpretación de los contratos, de las cuales la Sala destaca para este caso las de los artículos 1620³⁴, 1622³⁵ y 1624³⁶.

A la luz de dichas normas, se debe establecer si acaso los apartes destacados consagran una exoneración absoluta de deberes propios e indelegables de la Fiduciaria frente a los demandantes adherentes con relación al contrato de ENCARGO y si, en tal sentido, se constituyen en cláusulas abusivas que deben considerarse no escritas.

Considerando el diseño coligado de los contratos que estructuran el proyecto inmobiliario, conforme se sintetizó en el numeral 5.2.3 de esta providencia y la clasificación del ENCARGO, que desde su constitución se denominó como de *preventas*, es claro que las principales obligaciones de la Fiduciaria consistían en recaudar los dineros provenientes de la promoción del proyecto inmobiliario y administrarlos hasta el cumplimiento de las condiciones establecidas para destinarlos al desarrollo del proyecto inmobiliario, de tal forma que su tarea consistía en recibir, administrar y entregar los recursos.

En ese contexto, las declaraciones que en similares términos constan tanto en la carta de instrucciones como en la cláusula décima quinta del ENCARGO, son consecuentes con la estructura del negocio fiduciario, pues indican que la promoción, ventas, desarrollo y construcción del proyecto son tareas ajenas a la Fiduciaria y, por ello, frente a tales actividades la exoneración de responsabilidad de los apartes destacados resulta conforme a las obligaciones de las partes, pues simplemente se está reiterando que en tales aspectos no se puede imputar responsabilidad a la Fiduciaria por ser ajena a sus deberes, previsión que se ajusta al objeto del contrato de ENCARGO y a las obligaciones de la Fiduciaria y del Constituyente (Constructor), pactadas en las cláusulas séptima y octava del mismo.

³² Artículo 42 Ley 1480 de 2011.

³³ CSJ, sentencia SC del 2 de febrero de 2001, exp: 5670; sentencia SC del 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462; sentencia SC1806 de 2015, rad. 2000-00108-01 y sentencia SC129 de 2018, rad. n.º. 2010-00364-01

³⁴ ARTICULO 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

³⁵ ARTICULO 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad...

³⁶ ARTICULO 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

No obstante, se aprecia una diferencia relevante en cuanto a la redacción de las declaraciones entre la carta de instrucciones y la cláusula décima quinta del ENCARGO.

Obsérvese que **en la cláusula décima quinta la exoneración de responsabilidad de la Fiduciaria** se estipuló en el segundo párrafo del numeral 15.3 y consagra tal salvedad respecto de los contenidos en las declaraciones anteriores, esto es, los numerales 15.1, 15.2 y 15.3, que hacen referencia precisamente a la promoción, venta, desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario y; es solamente con posterioridad, esto es, en el numeral 15.4 donde se declara que la función de la Fiduciaria consiste en recibir, administrar y liberar los recursos cuando se cumplen los requisitos para el efecto. De tal forma, el orden de las declaraciones es acorde a la estructura contractual del proyecto y, por tanto, **no se advierte desequilibrio en esta cláusula**.

A diferencia de ello, en la carta de instrucciones la exención de responsabilidad se consagra ordinalmente de una manera diferente y tal disposición del clausulado es relevante.

Obsérvese que allí está estipulada la liberación de responsabilidad al finalizar todas las declaraciones, es decir, que comprende no solo la promoción, venta, desarrollo y construcción del proyecto, sino que además se incluyen las tareas que son propias de la Fiduciaria (recibir, administrar y liberar), toda vez que, es solamente después de su enunciación que se estipula que *"no puede imputársele responsabilidad alguna a **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.** por los conceptos contenidos en las declaraciones anteriores"*.

Esta manera de organizar las declaraciones y la exención de responsabilidad entre el ENCARGO y la carta de instrucciones es importante porque no es lo mismo hacer constar la liberación de la responsabilidad por obligaciones ajenas a la Fiduciaria, que por aquellas que le son propias y para las que fue contratada, más aún cuando, como se sabe y fue reconocido por su representante legal, los documentos de vinculación son contratos de adhesión diseñados por la Fiduciaria, luego la estipulación debe ser interpretada en su contra.

Recuérdese que la finalidad del ENCARGO se estableció expresamente en la cláusula tercera que contiene el objeto, cuando se indicó que la utilización de dicho vehículo fiduciario *"obedece al interés de **EL CONSTITUYENTE** de brindar transparencia y confianza en la administración de los recursos que se vinculen al desarrollo del **PROYECTO**"*, de tal forma que liberar a la administradora de su deber

de administrar, significaría vaciar de contenido el contrato e implica un desequilibrio en contra de los adherentes.

En consecuencia, **la exoneración de responsabilidad señalada en la carta de instrucciones** resulta desproporcionada frente a las obligaciones del contrato en ENCARGO cuando incluye dentro de las exenciones las obligaciones de recaudo, administración y liberación, pues tales compromisos son propios de la Fiduciaria y desconocerlo altera la ecuación de un acuerdo bilateral y conmutativo, por tal razón **se considera una cláusula abusiva** y los argumentos de la Fiduciaria que se funden en tal estipulación carecen de fundamento jurídico y serán descalificados.

Ahora bien, en cuanto a la cláusula décima primera, en aplicación de la regla de interpretación sistemática, la Sala considera que ella se debe leer en conjunto con las ya referidas cláusulas séptima y octava, que contienen las obligaciones de Fiduciaria y Constituyente (Constructora), de tal forma que sus primeros dos párrafos son consecuentes con el diseño del proyecto y su estructura contractual, toda vez que, conforme a los artículos 1234 y 1643 del Código de Comercio, se advierte que sus obligaciones son de medio, su responsabilidad hasta por culpa leve y se concreta en la administración de los recursos.

Sin embargo, la última parte del tercer párrafo de dicha cláusula contiene una exclusión de responsabilidad que no pasa por desapercibida para la Sala y que resulta excesiva y nuevamente rompe con el equilibrio contractual cuando se estipula que **"LA FIDUCIARIA... no asume ninguna responsabilidad ante cualquier incumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONSTITUYENTE"**.

El motivo para concluir un desequilibrio injustificado deriva de la interpretación de unas cláusulas por otras, es decir del análisis en conjunto del contrato de ENCARGO.

Apréciase que, en las cláusulas cuarta, sexta y séptima del contrato de ENCARGO, se estableció reiterativamente la obligación de la Fiduciaria de liberar recursos a condición de la **acreditación y verificación en debida forma** del cumplimiento de determinadas condiciones, entre ellas la certificación del punto de equilibrio con los recursos necesarios para cubrir gastos y costos del proyecto:

"Al servicio de la justicia y de la paz social"

CUARTA.- CONDICIONES PARA LA LIBERACIÓN DE LOS RECURSOS: La entrega al **CONSTITUYENTE**, del ciento por ciento (100%) de los dineros recibidos por **LOS ADHERENTES** en el Fondo Abierto que administra **LA FIDUCIARIA**, correspondientes a las **UNIDADES INMOBILIARIAS** a las cuales cada uno de ellos se vincule en **LA ETAPA 1 DEL PROYECTO**, junto con los eventuales rendimientos que éstos hubieran generado, se hará siempre y cuando **EL CONSTITUYENTE** acredite ante **LA FIDUCIARIA**, el cumplimiento de los siguientes requisitos para **LA ETAPA 1** del **PROYECTO**:

- ...
- Certificar el cumplimiento del punto de equilibrio financiero del **PROYECTO**, el cual establece **EL CONSTITUYENTE** con la cantidad de recursos necesarios para cubrir los gastos y costos del **PROYECTO**, los cuales, adicional a los recursos de crédito constructor y/o inversión directa del **CONSTITUYENTE** certificada(s) por éstos y su revisor fiscal o contador según sea el caso, deberán provenir de la vinculación de los **ADHERENTES**, consignados por cada uno de ellos de conformidad con el plan de pagos establecido en la respectiva **CARTA DE INSTRUCCIONES**.

SEXTA.- INSTRUCCIONES PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL ENCARGO FIDUCIARIO: En desarrollo del objeto del presente encargo, **LA FIDUCIARIA** obrará bajo las siguientes instrucciones:

- ...
- 6.4. Liberar los recursos administrados una vez cumplidas **LAS CONDICIONES** de que trata la *Clausula Cuarta* anterior, condiciones que constarán en la Carta de Instrucciones que cada **ADHERENTE** entregará al momento de su vinculación al Fondo Abierto que administra **LA FIDUCIARIA**, y entregarlos al **CONSTITUYENTE** para que los mismos sean utilizados en la ejecución del **PROYECTO**.

...

SÉPTIMA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: **LA FIDUCIARIA** tiene obligaciones de medio y no de resultado; se desprenden de este contrato las siguientes:

- ...
- 7.4. Efectuar la entrega a favor de **EL CONSTITUYENTE** o transferir los recursos al patrimonio autónomo que se constituya de ser el caso, los recursos administrados por medio del presente **ENCARGO FIDUCIARIO**, una vez verifique el cumplimiento de **LAS CONDICIONES** para la liberación de los recursos de **LA ETAPA 1** del **PROYECTO**, de acuerdo con lo estipulado en la *Clausula Cuarta* anterior del presente contrato. Una vez recibidos los documentos solicitados en debida forma, **LA FIDUCIARIA** contará hasta con **OCHO (8) días hábiles** para realizar el desembolso respectivo.

Esta estipulación no es un formalismo ni consiste en un mero requisito documental. En el objeto del contrato se consagró expresamente la intención de los contratantes: "*brindar transparencia y confianza en la administración de los recursos que se vinculen al desarrollo del PROYECTO*". Por ello, entender lo contrario, esto es, que la Fiduciaria es completamente ajena al desarrollo del proyecto implicaría contrariar la esencia de confianza en la que se fundó el ENCARGO y desconocer la finalidad que los contratantes y los adherentes expresaron al momento de acogerse al mismo pues, si bien es cierto que su papel en este entramado no se extendió a la promoción, venta, desarrollo y construcción de la obra, ello no significa que su labor fuera menor, por el contrario, era tan importante que de ella dependía la

ejecución y, por ello, ante la usencia de flujo de recursos económicos el mismo se paralizó.

Entender que el propósito del ENCARGO se limitaba a recaudar dineros y liberarlos a discreción del Constituyente (Constructor), con un simple papeleo, ausente de acreditación y verificación de las condiciones legales, técnicas y financieras para la liberación de los recursos es un razonamiento contrario a la intención de transparencia y confianza de los contratantes y a la interpretación sistemática del contrato.

En consecuencia, si en el contrato de ENCARGO se estableció como obligación del Constituyente (Constructor) **acreditar** ante al Fiduciaria el cumplimiento de tales condiciones, entonces, por contraposición, es lógico entender que, si el Constructor no acreditaba las condiciones para la liberación, ella no podía tener ocurrencia, es decir, los dineros no se podían liberar.

En ese contexto, el aparte destacado de la cláusula décima primera resulta desproporcionado frente a las obligaciones bilaterales y conmutativas adquiridas con ocasión del contrato de Encargo, pues los adherentes se comprometieron a suministrar unas sumas de dinero a cambio de la confianza que les generaba la administración de los mismos, de tal forma que un incumplimiento de la Constituyente (Constructora) en punto de las condiciones para la liberación de los recursos y la entrega de los mismos sin acreditación y verificación en debida forma, sí puede generar responsabilidad para la Fiduciaria porque implica también el incumplimiento de la obligación de administración que le es propia.

En tal sentido, **la exoneración de responsabilidad señalada en el tercer párrafo de la cláusula décima primera del ENCARGO** resulta desproporcionada porque defrauda la confianza depositada por los adherentes cuando la Constituyente (Constructora) incumple su obligación de acreditar las condiciones para la liberación de los recursos del ENCARGO y, pese a ello, se liberan los mismos, pues tal caso implica simultáneamente un incumplimiento de la Fiduciaria en su obligación de verificar tales condiciones y, por tal razón, en los términos pactados **se considera una cláusula abusiva**. Se reitera, en tanto dicha estipulación exime de toda responsabilidad a la Fiduciaria, desconociendo que en punto de las condiciones para la liberación de los recursos del ENCARGO, los deberes son compartidos entre Constituyente (Constructora) y Fiduciaria, pues el incumplimiento en acreditar de la primera puede derivar en el incumplimiento de verificar de la segunda en caso de que libere los dineros. En consecuencia, los argumentos de la Fiduciaria que se funden en tal estipulación carecen de fundamento jurídico y serán descalificados.

5.3.2 Cumplimiento o allanamiento a cumplir por parte del demandante

Se cumple con este requisito porque los adherentes efectuaron los pagos al Fondo Abierto de los dineros correspondientes a las unidades inmobiliarias que les interesaban.

En efecto, en el hecho décimo séptimo de la demanda los actores afirmaron haber cumplido con su obligación de entregar y detallaron los montos correspondientes, aportes que fueron reconocidos por la Fiduciaria al momento de contestar la demanda y se presumen ciertos por la falta de contestación de la Constructora (artículo 97 del CGP), además, ninguna de las demandadas controvirtió o desvirtuó el cumplimiento del deber de los adherentes al respecto.

5.3.3 Incumplimiento de las demandadas.

a) Incumplimiento de la Constructora.

Como se expuso en el numeral 5.3.1, dentro de las múltiples obligaciones adquiridas por la Constructora y la Fiduciaria en el contrato de ENCARGO, hay una de ellas en la que sus deberes conflúan en un aspecto que esta Sala ha considerado relevante y decisivo para la realización del proyecto inmobiliario.

Se trata del deber de **acreditar** por parte de la Constructora (Constituyente) y de **verificar** por parte de la Fiduciaria las condiciones para la liberación de los recursos, obligación que expresamente se puede apreciar en las cláusulas cuarta y séptima del ENCARGO:

CUARTA.- CONDICIONES PARA LA LIBERACIÓN DE LOS RECURSOS: La entrega al **CONSTITUYENTE**, del ciento por ciento (100%) de los dineros recibidos por **LOS ADHERENTES** en el Fondo Abierto que administra **LA FIDUCIARIA**, correspondientes a las **UNIDADES INMOBILIARIAS** a las cuales cada uno de ellos se vincule en **LA ETAPA 1 DEL PROYECTO**, junto con los eventuales rendimientos que éstos hubieren generado, se hará siempre y cuando **EL CONSTITUYENTE** acredite ante **LA FIDUCIARIA**, el cumplimiento de los siguientes requisitos para **LA ETAPA 1 del PROYECTO**:

...

SÉPTIMA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: **LA FIDUCIARIA** tiene obligaciones de medio y no de resultado; se desprenden de este contrato las siguientes:

...

7.4. Efectuar la entrega a favor de **EL CONSTITUYENTE** o transferir los recursos al patrimonio autónomo que se constituya de ser el caso, los recursos administrados por medio del presente **ENCARGO FIDUCIARIO**, una vez verifique el cumplimiento de **LAS CONDICIONES** para la liberación de los recursos de **LA ETAPA 1 del PROYECTO**, de acuerdo con lo estipulado en la *Cláusula Cuarta* anterior del presente contrato. Una vez recibidos los documentos solicitados en debida forma, **LA FIDUCIARIA** contará hasta con **OCHO (8) días hábiles** para realizar el desembolso respectivo.

Específicamente, en el numeral 4.3 de la cláusula cuarta se estableció como condición de carácter financiero que le correspondía al constituyente certificar el cumplimiento del punto de equilibrio financiero del proyecto con los recursos necesarios para atender los gastos y costos, así:

- **Certificar el cumplimiento del punto de equilibrio financiero del PROYECTO, el cual establece EL CONSTITUYENTE con la cantidad de recursos necesarios para cubrir los gastos y costos del PROYECTO, los cuales, adicional a los recursos de crédito constructor y/o inversión directa del CONSTITUYENTE certificada(s) por éstos y su revisor fiscal o contador según sea el caso, deberán provenir de la vinculación de los ADHERENTES, consignados por cada uno de ellos de conformidad con el plan de pagos establecido en la respectiva CARTA DE INSTRUCCIONES.**

De lo anterior se deduce que era condición para la liberación de los recursos del ENCARGO la expedición de una certificación de cumplimiento del punto de equilibrio, el cual **debería estar conformado por los aportes de los adherentes y el crédito constructor o, en su defecto inversión directa**, pero en cualquiera de dichas alternativas, debía estar sustentado, pues la propia cláusula establecía que tales recursos tenían que ser los **necesarios para cubrir los gastos y costos del proyecto**, es decir, la certificación debía contener al menos la información de gastos del proyecto, la información de costos del proyecto y la explicación de por qué el crédito constructor o la inversión directa resultaba suficiente para su realización.

En este punto es importante destacar la conducta procesal de la parte demandada porque la Constructora no contestó la demanda y, por tanto, no suministró información ni medios de convicción que contribuyeran a la decisión, salvo la declaración de su representante legal. La Fiduciaria, si bien contestó, se limitó a aportar información escueta que no da cuenta detallada ni precisa de su obligación de verificación de las condiciones para la liberación de los recursos, pese a que, a instancias de la demandante, fue requerida para que aportara copia completa de todos los documentos relacionados con el proyecto inmobiliario, pero se limitó a aportar los ya obrantes contratos de ENCARGO y FIDUCIA, es decir, se abstuvo de informar y acreditar los soportes documentales de la verificación de las condiciones jurídicas, técnicas y financieras para la liberación de los recursos.

En tales condiciones es evidente que la conducta de las demandadas no ha contribuido para el establecimiento de lo acontecido y de allí derivarán indicios en su contra frente al cumplimiento de sus obligaciones de **acreditar y verificar** la condición de cumplimiento del punto de

Si ésta fue la documentación que certificó la Constructora y que verificó la Fiduciaria, claramente se aprecia el incumplimiento de las demandadas, pues se extraña por completo la certificación de cumplimiento del punto de equilibrio en los términos establecidos en el contrato de ENCARGO.

Nótese que en dichos escritos no se detallan los gastos ni los costos del proyecto, los mismos no están presupuestados y no se opta por ninguna de las alternativas para fondear el proyecto, esto es por el crédito constructor o por la inversión directa.

La mera referencia a la adquisición del lote y a la inversión de recursos propios es escueta, injustificada e insuficiente para sustentar la inversión directa necesaria para atender los gastos y los costos del proyecto.

En efecto, no hay soportes de las inversiones por más de 833 millones de pesos, no se explica que ellos hubieren correspondido a costos y gastos del proyecto, tampoco el momento de su causación y de su erogación y, además, la certificación se realizó con corte a 10 de junio de 2016 en el sentido de que ya se había "realizado", cuando la certificación requerida es para "cubrir los costos y gastos del proyecto", es decir para justificar las inversiones a futuro y, pese a que en la solicitud de liberación de recursos se relacionan documentos tales como "PRESUPUESTO DE CONSTRUCCIÓN CON BASE EN EL PUC DE LA FIDUCIARIA", "FLUJO DE CAJA DEL PROYECTO" y "PROGRAMACIÓN DE OBRA", ninguno de ellos fue aportado al proceso para explicar y sustentar dichas inversiones propias que, se insiste, se certificaron como erogadas y nada acreditaron de cara al futuro de la obra.

En tal sentido, no se aportó ningún presupuesto, flujo o programación de costos y gastos que permitiera concluir la suficiencia de las presuntas inversiones para atenderlos, es decir, la documentación aportada no da cuenta del criterio de necesidad previsto desde el contrato de ENCARGO.

El formato de presentación de solicitud de liberación de recursos corresponde a una lista de chequeo de la Fiduciaria, suscrita por su Analista de Operaciones y por su Director de Operaciones y contiene la siguiente tabla de justificación del punto de equilibrio:

COSTOS DE LA OBRA		VALORES A PAGAR	
Costos de Construcción		Costos de Construcción	
Costos de Mantenimiento		Costos de Mantenimiento	
Costos de Operación		Costos de Operación	
Costos de Inversión		Costos de Inversión	
TOTAL COSTOS		TOTAL VALORES A PAGAR	
COSTOS DE LA OBRA		VALORES A PAGAR	
Costos de Construcción		Costos de Construcción	
Costos de Mantenimiento		Costos de Mantenimiento	
Costos de Operación		Costos de Operación	
Costos de Inversión		Costos de Inversión	
TOTAL DE VALORES A PAGAR		TOTAL DE VALORES A PAGAR	
TOTAL DE VALORES A PAGAR		TOTAL DE VALORES A PAGAR	
		102.280.723,00	

Según la tabla, los costos de la etapa comprendían el lote, costos directos, indirectos y financieros por más de 10.430 millones de pesos y las ventas prometidas comprendidas por las cuotas recibidas y por recibir y la inversión realizada ascendía a más de 10.534 millones de pesos, de tal forma que el presupuesto arrojaba un superávit de más de 102 millones de pesos, con lo cual, formalmente se concluyó el cumplimiento del punto de equilibrio.

Sin embargo, para la Sala, dicha información debe ser examinada en detalle y a la luz de lo pactado en el contrato de ENCARGO.

El referido numeral 4.3 de la cláusula cuarta indica que los recursos necesarios que debía certificar el Constituyente (Constructora) tendría que ser lo requeridos para cubrir los gastos y costos del proyecto y, como ya se advirtió, no hay prueba detallada del presupuesto, flujo o programación de costos y gastos que permitiera concluir tal suficiencia.

Por el contrario, examinada la segunda parte de la tabla, esto es, los recursos para atender dichos costos, se aprecia que no hay aportes con "*CRÉDITO PREOPERATIVO*", "*CRÉDITO CONSTRUCTOR*" ni "*RECURSOS PROPIOS*", pues en tales ítems se indica que corresponden a cero (0) pesos.

Esta circunstancia es contraria a lo pactado en el citado numeral 4.3 porque allí se indicó que el deber de la Constituyente (Constructora), era certificar los recursos suyos que de manera "*adicional*" a los provenientes de los adherentes servirían "*para cubrir*" y ese valor agregado tenía que provenir de un crédito constructor o de inversión directa y la tabla de cuenta de que la Constructora nada estaba aportando para ello al momento de certificar el punto de equilibrio, se limita a relacionar una inversión realizada, es decir que en ese momento ya no servía "*para cubrir*".

Ciertamente, en la estructura coligada del proyecto inmobiliario, existían obligaciones para todas las partes, Constructora, Fiduciaria y Adherentes, mismas que implicaban un aporte económico principalmente para los adherentes, pues ellos debían suministrar los dineros para alimentar el Fondo Abierto y posteriormente el Fideicomiso con el cual se llevaría a efecto la construcción. Sin embargo, ello no significa que la obligación económica de la Constructora fuera irrelevante, porque ella misma advirtió en las consideraciones de los contratos de ENCARGO y FIDUCIA que "*CONSTRUCTORA PESO S.A., se encuentra interesada en adelantar por su cuenta y riesgo la promoción y ejecución de un proyecto inmobiliario*" (se destaca).

Esto quiere decir que, si bien existió un compromiso económico fundamental por parte de los adherentes, también lo había por parte de la Constructora, de tal forma que ella tenía el deber de elaborar un presupuesto, un flujo de caja y una programación de obra que fuera consecuente con los costos y gastos del proyecto, de tal forma que lo proyectado se ejecutara conforme al flujo de recursos del proyecto.

Tan cierta es la necesidad del aporte económico de la Constructora que desde el ENCARGO estaba prevista la posibilidad de acudir a un crédito constructor. Es decir, no hay lugar a sostener que el proyecto se realizaría exclusivamente con los recursos aportados por los adherentes, desde su diseño estaba prevista la necesidad de financiación con crédito constructor o, en su defecto, con inversión propia del constructor, luego al momento de la liberación de los recursos no podía prescindirse sin razón de tal elemento fundamental para el proyecto.

No obstante, aquí se acreditó con dicha tabla que la responsabilidad económica del proyecto a partir del punto de equilibrio se cargó exclusivamente a los adherentes porque la Constructora no aportó recursos propios (inversión), ni crédito constructor que lo fondeara de recursos y permitiera su ejecución, es decir, desconociendo el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del ENCARGO, que la obligaba a disponer de recursos de manera “adicional”.

Al respecto, al momento de rendir interrogatorio de parte, el representante legal de la Constructora reconoció la necesidad de esos recursos adicionales cuando se le preguntó si se requería para el desembolso de los dineros, dijo: *“sí señor... desde Confiar ya había un compromiso hacia la fiducia y hacía nosotros de que había un apoyo financiero al proyecto... y finalmente confiar no nos acompañó”*⁴⁰.

En suma, la Constituyente (Constructora) incumplió su deber de acreditar y certificar ante la Fiduciaria el cumplimiento del punto de equilibrio como condición para la liberación de los recursos, pues no demostró disponer de la cantidad de recursos necesarios para cubrir los gastos y costos del proyecto con crédito constructor o con inversión directa.

b) Incumplimiento de la Fiduciaria.

Por su parte, para establecer el incumplimiento de la Fiduciaria, vale acudir a la definición de término verificar que, conforme a la primera acepción del diccionario de la Real Academia Española, corresponde a “[c]omprobar o examinar la verdad de algo”⁴¹.

⁴⁰ Ver carpeta 01, archivo 25, desde minuto 5:55.

⁴¹ <https://dle.rae.es/verificar?m=form>

Si tal era la obligación de la Fiduciaria, evidentemente no cumplió con su deber, pues pretendió soportar su tarea de verificación con los escasos documentos arrimados y la información que al respecto ofreció su representante legal da cuenta de que no se realizó comprobación ni examen del cumplimiento del punto de equilibrio, por lo que desembolsó los dineros a la constructora sin respaldo financiero, conforme lo exigía el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del ENCARGO.

Es evidente que desde el momento en que se solicitó la liberación de los recursos del ENCARGO la Constructora se encontraba en dificultades financieras, pues no disponía de recursos propios ni de crédito constructor para respaldar el proyecto, deficiencias que conoció oportunamente la Fiduciaria y frente a las cuales no presentó ningún reparo y, por el contrario, las obvió, pues en la solicitud de liberación diligenció el espacio correspondiente a la aprobación del crédito constructor con “N/A” y los de certificación de cumplimiento del punto de equilibrio y certificación de disponibilidad de recursos propios con “OK”, en clara contravía de lo que aquí se ha expuesto y de lo que la misma tabla indicaba, esto es, que la Constructora no aportaba porque no contaba ni con crédito constructor ni con recursos propios para el porvenir de la obra.

Evidencia de que tales dificultades eran conocidas por la Fiduciaria, se aprecia en el informe de interventoría del 21 de septiembre de 2017, realizado por cuenta de ella misma, donde se indica como explicación a la parálisis del proyecto la falta de recursos, la negación del crédito constructor y la búsqueda infructuosa de un inversor externo⁴².

El representante legal de la Fiduciaria indicó en su interrogatorio:

“... se revisaron los requisitos legales y estaban cumplidos, se revisaron los requisitos técnicos y estaban cumplidos, ahora que en especial hay interés sobre la parte financiera; en la parte financiera había dos opciones para declarar el tema financiero, cuando se opta por un crédito total por parte del constructor, el constructor debe adjuntar la aprobación del crédito constructor para dar la revisión de autorización, si no opta por esa característica de tener el crédito constructor, debe certificar por contador público y por el representante legal que se tienen los recursos suficientes en el cierre financiero para cubrir los gastos del proyecto en su etapa uno y de hecho, en la carpeta que se tiene en la fiduciaria, don Aurelio firmó un documento con el contador público de ellos, donde dan cuenta que tienen los recursos suficientes para realizar la obra, entonces como usted puede notar,

⁴² Ver carpeta 01, archivo 08, página 123 a 132.

ante la revisión legal, técnica y financiera pues se habían cumplido los requisitos para liberar los recursos y se recibieron los documentos el 13 de junio de 2016 y el 4 de octubre se revisaron los documentos donde se dio respuesta y se liberaron los recursos y se trasladaron al patrimonio autónomo, en ese momento es cuando se trasladan al patrimonio autónomo liberados a nombre de Constructora Peso”⁴³

La mencionada certificación de recursos suficientes no obra en el plenario, no se adosó con la contestación, de tal forma que tal aseveración no fue acreditada, además, como ya se indicó, la escasa documentación aportada no supe el deber de verificación, en tanto solo da cuenta de la inversión realizada a 10 de junio de 2016, más no acredita la suficiencia de los recursos necesarios para atender los gastos y costos del proyecto de allí en adelante.

En suma, la Fiduciaria incumplió su obligación de verificación porque liberó los recursos recibidos de los adherentes con ocasión del ENCARGO, pese a que la Constructora incumplió su deber de certificar y acreditar el punto de equilibrio, toda vez que no contaba con los recursos adicionales necesarios para atender los gastos y costos del proyecto, pues no disponía de aprobación del crédito constructor ni de inversión directa (recursos propios).

La tarea de verificación no se limitaba a un cotejo documental y los documentos que aquí aportó la Fiduciaria no resultaban suficientes para acreditar el cumplimiento del punto de equilibrio pues, en tal caso perdería todo sentido la participación de la entidad vigilada en la estructuración del proyecto, es que ella promovió la confianza de los adherentes en lo ofrecido y, si bien sus obligaciones no la comprometían con la promoción, venta, desarrollo y construcción, si la obligaban a ser diligente en la verificación de las condiciones para la liberación de los recursos que administraba y fue allí donde falló.

En su labor profesional y conforme a lo estipulado en el ENCARGO, le correspondía a la Fiduciaria establecer la veracidad de dicha condición cotejando el presupuesto de la construcción, el flujo de caja y la programación de la obra, de tal forma que la confianza depositada por los adherentes se viera reflejada en el examen y comprobación de que los recursos entregados si tendrían por destino el proyecto en las condiciones ofrecidas y no fue así, pues la constructora se sustrajo de aportar el respaldo económico adicional que le correspondía para ejecutar la obra, bien fuera con crédito constructor o con inversión directa y, pese a ello, la entidad financiera, profesional y autorizada se limitó a chequear la

⁴³ Ver carpeta 01, archivo 25 desde minuto 48:13.

documentación sin cotejar su veracidad frente al proyecto y a liberar los recursos.

El incumplimiento de Fiduciaria corresponde precisamente a sus obligaciones indelegables conforme al artículo 1234 del Código de Comercio, en tanto le competía realizar *“diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”* y *“la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”*.

Si para el momento de la solicitud de liberación de los recursos del ENCARGO había una certificación de cumplimiento del punto de equilibrio que no atendía lo estipulado en el numeral 4.3 de la cláusula cuarta, la Fiduciaria no debía acceder a ello, pues pesaba en su cabeza un deber de verificación, constatación y examen de la veracidad de unas certificaciones que en realidad no explicaban ni soportaban como se llevaría a cabo el proyecto sin uno de los soportes económicos indispensables que se había previsto a cargo de la Constituyente (Constructora).

5.3.4 Conclusiones.

Reunidos los presupuestos axiológicos de la acción resolutoria porque: i) el contrato de ENCARGO es válido, ii) los accionantes acreditaron el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y iii) se constató el incumplimiento de la Constructora y de la Fiduciaria; entonces, es procedente la aplicación de la consecuencia consagrada en el artículo 1546 del Código Civil que, a solicitud del actor, consiste en la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

Aquí resulta pertinente traer a colación el análisis efectuado respecto de las cláusulas denunciadas de ineficaces, pues dos de ellas se concluyeron abusivas: i) la de la carta de instrucciones porque dispone que no se puede imputar responsabilidad a la Fiduciaria, entre otras, por incumplimiento de obligaciones propias de su función, esto es el recibo, administración y liberación de los recursos y; ii) la de la cláusula décima primera del ENCARGO porque dispone que la Fiduciaria no asume ninguna responsabilidad ante cualquier incumplimiento de las obligaciones del Constituyente (Constructora), en la medida que tal exoneración desconoce que a ella le corresponde la obligación de verificar, esto es, constatar la veracidad de la certificación y acreditación del cumplimiento del punto de equilibrio, aspecto en el que sí es responsable.

Como se explicó, tales estipulaciones se tienen por no escritas y no pueden servir para la exoneración de responsabilidad de la Fiduciaria, pues corresponden a sus deberes indelegables. Sin embargo, tampoco tienen el alcance de afectar la existencia de la totalidad del contrato de ENCARGO,

pues atañen exclusivamente a un aspecto específico del mismo, esto es, a la liberación de los recursos y es por ello, precisamente, que se pudo efectuar el análisis de los presupuestos de la acción resolutoria, lo que no hubiere sido procedente en caso de concluir la ineficacia de la totalidad del contrato o de los coligados.

En punto de la responsabilidad de la Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo y en nombre propio, los argumentos que anteceden son suficientes para afirmar que desatendió sus obligaciones contractuales y con ello sus deberes indelegables, comprometiendo así no solo el patrimonio bajo su administración, sino incluso el suyo propio, asunto en el cual se aplica la doctrina probable de la Sala de Casación Civil que en Sentencia SC5430-2021, reiteró:

"Sobre este aspecto, la Corte reiterando su doctrina, puntualizó por regla general "que las obligaciones que adquiriera el fiduciario en la cabal ejecución del encargo recaen sobre ese patrimonio autónomo, no sobre el suyo propio, por manera que su responsabilidad no se ve comprometida. Ahora, cosa distinta es, como ya se puso de presente, que por razones de otra índole, verbi gratia., las derivadas de un obrar excesivo o contrario a las estipulaciones negociales o a los fines de la fiducia, entre otras posibles hipótesis que no es del caso escrutar en toda su extensión, el fiduciario comprometa su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes, frente a los afectados por su obrar ilícito, responsabilidad que en el ordenamiento jurídico patrio no es extraña, en la medida, en que el que con su dolo o culpa causa un daño está llamado a indemnizarlo, siendo contractual el fundamento de esa responsabilidad, si es que esa conducta activa u omisiva se dio en desarrollo de un negocio jurídico de esa naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario (art. 2341 del C. Civil)". (Cas.civ. mayo 31/2006 [SC-065-2006], exp.0293)."

Las razones expuestas explican la estimación de los reparos formulados por la demandante contra el fallo impugnado, así como la estimación de sus pretensiones principales, toda vez que, se defraudó la confianza de los inversionistas con el ofrecimiento de un proyecto inmobiliario respaldado por la Fiduciaria, pese a que la Constructora carecía de financiación para su realización; se constató la existencia de cláusulas abusivas en la carta de instrucciones y en el Encargo que se tienen por no escritas y se constató el incumplimiento de la Constructora de su obligación de certificar y acreditar el punto de equilibrio y de la Fiduciaria en su deber de verificarlo.

Las mismas justificaciones permiten desestimar las excepciones propuestas por la Fiduciaria, consistentes en falta de legitimación en la

causa por pasiva, cumplimiento de sus obligaciones en nombre propio y como vocera del patrimonio autónomo, ausencia de responsabilidad, ausencia de cláusulas abusivas, falta de nexo de causalidad y ausencia de solidaridad, pues todas ellas se fincaron en las estipulaciones abusivas que se consideran no escritas y, se constató que frente al incumplimiento de la Constructora en la certificación y acreditación del punto de equilibrio, la Fiduciaria faltó a sus deberes indelegables al liberar los dineros recaudados sin verificarlo, como se lo imponía su condición profesional, es decir, no actuó conforme a la conducta que le era exigible, la del artículo 1243 del Código de Comercio que la obligaba al estándar de un profesional especializado en administrar fiducias mercantiles, esto es, como un buen hombre de negocios que procede con extrema diligencia.

5.4 Indemnización de perjuicios.

Establecida la responsabilidad y su imputación, se determinará si hay lugar a la condena de perjuicios demandada.

5.4.1 Patrimoniales.

Conforme a lo previsto en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, en concordancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y la carga de la prueba que prevé el artículo 167 del CGP, solo hay lugar a la reparación del daño si quien lo pretende demuestra su existencia y extensión, esto es, la certidumbre de su ocurrencia y su mensurabilidad.

Con la demanda se aspira a la devolución de los dineros entregados por la demandante a la demandada más los intereses bancarios corrientes desde “*el incumplimiento en la entrega de los referidos inmuebles y/o el día 31 de octubre de 2017*”, pretensión que corresponde al reclamo de una indemnización de perjuicios patrimoniales: i) la devolución de los dineros es daño emergente en la medida que fue la suma de dinero perdida por los actores en virtud del incumplimiento de las demandadas y, ii) los intereses moratorios representan el lucro cesante que sobre dichas sumas se dejó de reportar, están regulados en nuestro ordenamiento jurídico para las actividades mercantiles como lo es la actividad fiduciaria⁴⁴ y la Corte les ha reconocido carácter indemnizatorio⁴⁵.

En consecuencia, se accederá a lo pedido porque la cuantía de las sumas entregadas fue verificada conforme se expuso con anterioridad y entonces se condenará a la demandada al pago de las sumas relacionadas en la pretensión cuarta del escrito de demanda, más los intereses moratorios

⁴⁴ Artículo 884 Código de Comercio

⁴⁵ Sentencia del 12 de agosto de 1998, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, expediente Nro. 4894 y Sentencia del 8 de junio de 2001, MP José Fernando Ramírez Gómez, expediente No. C-5719. En similar sentido la Sentencia C-604/12 de la Corte Constitucional.

comerciales, liquidados desde el 31 de octubre de 2017 hasta el pago total de la obligación. Precizando que, se establece como fecha de pago de los intereses moratorios en la indicada, por ser la solicitada en la demanda y referida en el juramento estimatorio, ello en aplicación del inciso 2 del artículo 281 y del inciso 5 del artículo 206 del CGP.

5.4.2 Extrapatrimoniales.

En cuanto a los perjuicios morales, la parte demandante señaló que debían reconocerse a todos los demandantes, en atención a las afectaciones subjetivas originadas por el incumplimiento contractual.

En torno al daño moral, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que es aquél *"que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece"*⁴⁶.

Específicamente, en el evento en el que la víctima sufre este daño derivado de la pérdida de bienes materiales, la Corte ha reconocido su causación de tiempo atrás, así ha dicho que:

*"por la pérdida de bienes materiales puede ordenarse una indemnización por daño inmaterial, cuestión que, se corrobora al repasar la jurisprudencia de la Corte (CSJ SC, 21 jul. 1922, G.J. t. XXIX, pág. 218; CSJ, 4 dic. 1954, G.J., t LXXI, pág. 212 y CSJ SC, 30 nov. 1962, GJ, t. C, pág. 708.) El primer caso, es suficiente recordarlo, atañe al célebre fallo Villaveces, en el que se reconoció el mentado rubro por la exhumación no consentida de los restos de su cónyuge, y ulterior depósito en una fosa común."*⁴⁷.

En la citada sentencia, la Corte analizó la procedencia de reconocer la indemnización en el caso donde los demandantes perdieron sus bienes muebles a causa de un incendio en su inmueble. Precizando que, lo relevante en el reconocimiento de esta indemnización es la acreditación probatoria de su existencia e intensidad, aspecto para el que cobran relevancia las *"presunciones de hombre cuyo papel es aquí de gran importancia"*⁴⁸, en tanto, *"se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y psicológico"*⁴⁹

⁴⁶ Cas. civ. 5 de mayo de 1999. Exp. 4978.

⁴⁷ CSJ, sentencia SC7637 del 13 de junio de 2014, rad. 2007-00103-01`.

⁴⁸ CSJ, sentencia SC del 25 de noviembre 1992, Rad. 3382.

⁴⁹ Ibidem.

Así mismo, reconoció que, tratándose de agravios económicamente inasibles, no es posible determinar con precisión la magnitud cuantitativa que dicha reparación debe tener, por lo que, debe buscarse:

“con ayuda del buen sentido, muy sobre el caso específico en estudio, y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos, proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir”⁵⁰

En el caso, estima la Sala que es procedente conceder la indemnización por perjuicios morales, pues en el proceso obran elementos de juicio que permiten inferir razonablemente que los daños padecidos por los demandantes tuvieron la intensidad suficiente para provocarles dolor, angustia, aflicción, pesadumbre o desasosiego derivados de la frustración en la materialización del derecho fundamental a la vivienda digna, expectativa que se vio truncada por el actuar de las demandadas.

Para lo cual, debe reconocerse que existen vasos comunicantes entre los aquí demandantes que los situaron en una situación similar que les produjo una afectación moral susceptible de equiparar, así:

- a) El proyecto Urbanización Acrópolis correspondía a un proyecto de Vivienda de Interés Social (VIS), según la consideración primera de la licencia de construcción otorgada mediante resolución C1L-463 del 10 de junio de 2016 de la Curaduría Primera de Bello. La cual tiene una relación directa con el derecho fundamental a la vivienda digna⁵¹ de las personas de menores recursos en Colombia.
- b) Los formularios de solicitud de vinculación dan cuenta de que los demandados relacionados percibían ingresos de poca entidad que van desde el salario mínimo de la época hasta 2 millones el más alto de ellos, derivados de actividades laborales como vigilante⁵², cajera⁵³, operario⁵⁴; docentes⁵⁵, vendedores⁵⁶, entre otros.

⁵⁰ Ib.

⁵¹ La sentencia T-433/16 definió el derecho a la vivienda como “aquel por medio del cual, se satisface la necesidad humana de poder contar con un sitio, propio o ajeno, que disponga de las condiciones adecuadas y suficientes para que quien lo habite pueda desarrollar, con dignidad, su proyecto de vida”.

⁵² Ver ruta: carpeta 01, archivo 05, pág. 135.

⁵³ Ib. pág. 137.

⁵⁴ Ib. pág. 152.

⁵⁵ Ib. págs. 176.

⁵⁶ Ib. págs. 223, 266 y 281.

- c) Todos los actores, vinculados al mismo proyecto de vivienda, dieron cuenta de las esperanzas que fijaron en el proyecto y en la confianza que producía la presencia de la fiduciaria.

Así, Katty Maritza Gil⁵⁷ habló de la confianza que le produjo la entidad fiduciaria, de la aflicción sufrida por ver truncado el proyecto, de las dificultades económicas para cubrir las cuotas y el maltrato padecido por parte de la abogada de la entidad fiduciaria que le atendió.

Ángela María Villa Gil⁵⁸ dio cuenta de la confianza depositada en la fiduciaria, el sentimiento de congoja y perjuicio al no finalizarse el proyecto, de constatar que la construcción fue abandonada y que *"parece un basurero"*.

Claudia Patricia Quintero Flórez⁵⁹ relató acerca de las dificultades junto con su cónyuge para conseguir el dinero para separar el apartamento, de la entrega de sus ahorros a la fiduciaria por la confianza que producía la entidad, de las necesidades que tuvo que pasar para cumplir con la cuota cuando perdió su empleo, del sentimiento de aflicción al constatar que el proyecto no avanzaba hasta decir que se *"robaron la platica"*.

Freddy Orley Restrepo⁶⁰ habló de la ilusión con la que se vincularon al proyecto, de la falta de información relativa a los avances, de la preocupación que produjo la falta de avance de la construcción.

Diana Patricia Hoyos⁶¹ informó acerca de la expectativa con la que se vinculó al proyecto junto con su cónyuge, de la inversión de los ahorros que la pareja había realizado desde su noviazgo, de la decepción producida al saber que la fiduciaria entregó el dinero a la constructora sin *"importarle que no tuviera músculo financiero para continuar la obra"* después de haber depositado en ella su confianza.

Deiver Alberto Mesa Cantillo⁶² precisó que siempre soñó con tener vivienda propia, que depositó sus esperanzas en el proyecto Acrópolis, comentó el retiro de sus cesantías para realizar el primer abono, realizó la vinculación por la presencia de la fiduciaria y los acabados ofrecidos, habló de la aflicción que sintió al percibirse estafado y que *"jugaron con mi ilusión"*, de sentirse sin nada, con problemas y cansado.

⁵⁷ Ver ruta: carpeta 01 / archivo 23 desde minuto 29:15.

⁵⁸ Ib. desde minuto 48:30.

⁵⁹ Ib. desde minuto 1:01:15.

⁶⁰ Ib. desde minuto 1:15:50.

⁶¹ Ib. desde minuto 1:34:20.

⁶² Ib. desde minuto 1:58:30.

Mayerly Chalarca Gil manifestó⁶³ la confianza depositada en la Fiduciaria, la reunión que tuvieron en con ella donde se sintió maltratada y le informaron que no tenían cómo responderle, situación que no soportó y tuvo que abandonar el recinto, refiere sentimientos de aflicción y congoja al ver perdidos los "ahorros de su vida".

Luis Felipe Granda⁶⁴ comentó que se vinculó al proyecto por la confianza que otorgaba la presencia de la Fiduciaria, que se sentía afligido y maltratado por los abogados de ésta y la Constructora quienes le sugerían que iba a perder todo.

Gina Carolina Gil Macías⁶⁵ hizo referencia a que su padre la apoyó con el pago del inmueble como solución de vivienda toda vez que estaba embarazada, que ya su hijo tiene 5 años de edad y sigue pagando arriendo, habló acerca de la desilusión que le produjo la frustración del proyecto.

Juan David Cuartas Calle⁶⁶ habló acerca de la confianza que producía la presencia de la fiduciaria en el proyecto, que vio la oportunidad de tener una vivienda digna y comentó los sentimientos de aflicción que produjo la situación de no concretarse nada, afirmó que sentía que habían jugado con sus sueños y con todos los ahorros que se depositaron en el proyecto.

Luis Horacio Quiroz Ramírez⁶⁷ se refirió a la presencia de la Fiduciaria como factor determinante en su vinculación al proyecto, que tanto ella como la Constructora le dieron excusas acerca del retraso en las obras y nunca se responsabilizaron por la devolución de los dineros.

Darlin Mariana Silva⁶⁸ informó que desde que consiguió empleo siempre quiso tener una vivienda propia, esperanza que aduce verse truncada por el fracaso del proyecto.

- d) Del relato de los demandantes se deducen elementos comunes que dan cuenta de una afectación generalizada, derivada de la aflicción causada por el incumplimiento en la realización del proyecto prometido, mediante el cual aspiraban a acceder a una vivienda, la defraudación de la confianza por parte de la Fiduciaria y la Constructora y la congoja derivada de la sensación de pérdida del dinero de salarios y ahorros.

Bajo tal panorama, el incumplimiento en la finalización de la obra, la confianza defraudada que depositaron en la Fiduciaria como profesional

⁶³ Ib. desde minuto 2:22:22.

⁶⁴ Ver ruta: carpeta 01 / archivo 24 desde minuto 11:20.

⁶⁵ Ib. desde minuto 22:40.

⁶⁶ Ib. desde minuto 39:55.

⁶⁷ Ib. desde minuto 1:07:07.

⁶⁸ Ib. desde minuto 1:24:33.

en la administración de los recursos y en la Constructora como profesional en su ramo, terminaron truncando la materialización del derecho de los demandantes a una vivienda digna, garantía fundamental que, conforme lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, comporta la posibilidad de adquirir un inmueble para solventar la habitación y se constituya en un espacio físico adecuado para que la persona y su familia pueda vivir en condiciones dignas⁶⁹, faceta que va más allá de plano netamente material.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

*"La Corte constitucional ha analizado la naturaleza jurídica de esta garantía y ha determinado que se trata de un derecho fundamental autónomo, que su protección a través de la tutela se encuentra condicionada a la posibilidad de que este se traduzca en un derecho subjetivo, que se aplica para todos, indistintamente de que se trate de personas o familias e independientemente de su edad, sexo, o situación económica, es decir, sin sujeción a cualquier tipo de discriminación"*⁷⁰.

En tales términos, el proyecto Acrópolis ofrecía inmuebles catalogados como Vivienda de Interés Social, donde los demandantes realizaron esfuerzos significativos para realizar los pagos periódicos en la forma pactada, por lo que es razonable deducir, a partir de las reglas de la experiencia, que la frustración de la expectativa produjo en los demandantes una lesión a su esfera íntima, pues sus esperanzas estaban puestas en la adquisición de la vivienda respecto de la cual se vincularon al proyecto, la cual se vio truncada a partir de los incumplimientos de la demandada y con ello, se cercenó el ejercicio de su derecho fundamental a la vivienda digna y el desarrollo de su proyecto familiar.

Ahora bien, en lo que corresponde a la tasación del daño moral padecido, la Corte ha señalado que:

*"la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción."*⁷¹

A partir de lo cual, considera la Sala que los vasos comunicantes antes desarrollados, permiten concluir que los demandantes se encuentran en similitud de condiciones, pese a que cada uno en su individualidad y subjetivamente sufrió el daño, puesto que en el marco fáctico de

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia T 420 de 2018

⁷⁰ T-420 de 2018

⁷¹ CSJ, sentencia SC del 13 de mayo de 2008, rad. 1997-09327-01, reiterada en sentencia SC 21828 del 19 de diciembre de 2017, rad. 2007-00052-01.

circunstancias se comparten condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, así como la situación o posición como víctimas, en tanto, se vincularon al mismo proyecto, con la participación de la misma Constructora y Fiduciaria, la vinculación se produjo a partir de la confianza que les generó esta última, el incumplimiento produjo un daño común a los demandantes, congoja y aflicción que les produjo ver truncada la materialización de su vivienda. Razón por la cual, en con base en criterios de equidad respecto de un daño que se considera inasible, entiende la Sala que la intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes provinieron de la conducta incumplida de las demandadas y por ello amerita una compensación de una dimensión también común en favor de los demandantes.

De allí que, acudiendo al arbitrio judicial, en atención a los factores que se acababan de detallar y teniendo en cuenta que el sufrimiento acaecido por la afectación del derecho a una vivienda digna, se considera razonable fijar la tasación de la respectiva indemnización en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes.

5.5 Conclusiones.

Colofón de lo expuesto, en el presente caso se acreditó la vinculación de la demandante al contrato de encargo fiduciario de administración y pagos preventas del Proyecto Acrópolis No. 2015019 suscrito el 13 de febrero de 2015 entre Fiduciaria Central S.A. y Constructora Peso S.A., a través de las cartas de instrucciones suscritas y lo reconocido por la fiduciaria demandada al momento de dar contestación.

De igual forma, en atención a los hechos y pretensiones formulados la demanda se dirige a cuestionar el incumplimiento y consecuencial resolución con indemnización de perjuicios del contrato de encargo fiduciario de administración y pagos preventas No. 2015019. Así mismo, se acreditó la configuración de los presupuestos de la acción resolutoria del mencionado pacto en lo que a la vinculación de la demandante se refiere, lo que deriva en la resolución del mismo y la indemnización de perjuicios frente a Constructora Peso S.A. y a Fiduciaria Central S.A. en calidad de vocera y administradora del fideicomiso Proyecto Acrópolis.

En igual sentido, se acreditó en el plenario que Fiduciaria Central S.A., liberó los recursos de los adherentes en favor de Constructora Peso S.A. en contravía de las instrucciones otorgadas por los adherentes y lo estipulado en el contrato fiduciario de preventas, esto es, el cumplimiento de la totalidad de requisitos legales, técnicos y financieros establecidos para la liberación de los recursos. Así mismo, con la omisión de verificar que Constructora Peso S.A. contara efectivamente con un crédito constructor o con los recursos suficientes para la finalización del proyecto,

desatendió sus obligaciones convencionales e incumplió los deberes indelegables consagrados en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, además de inobservar la buena fe y los deberes secundarios de información, previsión y consejo a los que estaba obligada según los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, comprometiendo con ello su responsabilidad en nombre propio.

En torno a la indemnización de perjuicios, se condenará a Constructora Peso S.A. y a Fiduciaria Central S.A. en nombre propio y en calidad de vocera y administradora del fideicomiso Proyecto Acrópolis a pagar los perjuicios generados a la demandante, concretadas al pago de las sumas relacionadas en la pretensión cuarta del escrito de demanda más los intereses moratorios liquidados desde el 31 de octubre de 2017 hasta el pago total de la obligación por concepto de perjuicios patrimoniales y a la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de su pago para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales.

En tales términos, se revocará la sentencia de primera instancia, se declarará la resolución del contrato de encargo fiduciario de administración y pagos preventas No. 2015019 suscrito el 13 de febrero de 2015 entre Fiduciaria Central S.A. y Constructora Peso S.A., y se condenará a la demanda al pago de los perjuicios descritos.

Así mismo, teniendo en cuenta que la resolución del contrato de promesa de compraventa correspondía a las pretensiones subsidiarias de la demanda y, en la presente se resuelve la resolución del contrato de encargo fiduciario como pretensión principal, no se emitirá pronunciamiento respecto del mencionado pacto.

Finalmente, habida cuenta de la prosperidad de la apelación de la demandante, se condenará en costas a la demandada. Fijando como agencias en derecho en esta instancia la suma de 1 SMLMV.

Atendiendo las anteriores consideraciones, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

6. RESUELVE.

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida el 14 de octubre de 2020, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: DECLARAR la resolución del contrato de encargo fiduciario de administración y pagos preventas No. 2015019, suscrito el 13 de febrero

de 2015 entre Fiduciaria Central S.A. y Constructora Peso S.A., al que se adhirieron los demandantes.

TERCERO: CONDENAR solidariamente a Constructora Peso S.A. y a Fiduciaria Central S.A. en nombre propio y en calidad de vocera y administradora del fideicomiso Proyecto Acrópolis, a pagar a los accionantes las siguientes sumas de dinero, más intereses moratorios del artículo 884 del Código de Comercio, desde el 31 de octubre de 2017 hasta el pago total de la obligación:

DEMANDANTES	VALOR
Kathy Maritza Gil	\$59'150.000
Kathy Maritza Gil y Ángela María Villa Gil	\$50'800.000
Alexa Mallerly Chalarca Gil y Luis Felipe Granda Barrientos	\$47'960.000
Ginna Carolina Macías y Rubén Darío Gil Salazar	\$49'760.000
Claudia Patricia Quintero Flórez y Fredy Orly Restrepo Arboleda	\$23'940.000.
Edison Alfonso Zuluaga Zuluaga	\$18'258.000
Diana Patricia Hoyos David	\$23'090.100
Héctor Darío Naranjo Caro	\$19'650.000
Deyber Alberto Meza Cantillo	\$39'600.000
Yamile Andrea Montoya	\$16'790.000
Carlos Edwin Vásquez Herrera	\$15'632.000
Juan David Cuartas Calle	\$13'958.900
Ana Milena Castro Álvarez	\$26'325.047
Luis Horacio Quiroz Ramírez y Paula Andrea Restrepo Cano	\$20'999.562
Darlin Mariana Silva Vélez	\$27'400.000
Jorge Alberto Hidalgo Martínez	\$21'547.000

CUARTO: CONDENAR solidariamente a Constructora Peso S.A. y a Fiduciaria Central S.A., en nombre propio y en calidad de vocera y administradora del fideicomiso Proyecto Acrópolis, a pagar a cada uno de los accionantes la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada. Fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma de 1 SMLMV.

NOTIFÍQUESE

SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ

Magistrado



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
Magistrado

(*Con salvamento de voto*)
JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023)
Radicado: 05001 31 03 010 2018 00651 01

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO

En la sentencia de segunda instancia, respecto a la cual discrepo parcialmente en relación a su numeral cuarto resolutivo, se dispuso:

“CONDENAR solidariamente a Constructora Peso S.A. y a Fiduciaria Central S.A., en nombre propio y en calidad de vocera y administradora del fideicomiso Proyecto Acrópolis, a pagar a cada uno de los accionantes la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales.”

Para sustentar lo anterior se consideró “... *los demandantes tuvieron la intensidad suficiente para provocarles dolor, angustia, aflicción, pesadumbre o desasosiego derivados de la frustración en la materialización del derecho fundamental a la vivienda digna, expectativa que se vio truncada por el actuar de las demandadas.*”. Subrayado intencional.

De dónde se deduce que todos los demandantes se vieron privados de su vivienda, cuando v. gr., la primera persona que se relaciona como demandante, KATHY MARITZA GIL, figura como adquiriente de dos

unidades habitacionales; entonces, ¿iba a habitarlas ambas?, ¿alguna de las adquiridas tenía como único fin realizar una inversión?

Tratándose de perjuicios subjetivos, los mismos hacen referencia a la individualidad, de donde es difícil asumir que todos los demandantes padecieran ídem dolor, sufrimiento, tristeza, angustia y miedo en su psiquis, por lo que la afirmación mayoritaria sobre que “... *debe reconocerse que existen vasos comunicantes entre los aquí demandantes que los situaron en una situación similar que les produjo una afectación moral susceptible de equiparar...*”, se escapa precisamente, de lo subjetivo.

Y es que es erróneo equiparar los ingresos, diferentes estos entre los demandantes, con el daño moral, pues aquellos están relacionados con perjuicios de orden objetivo como en el caso del daño emergente o el lucro cesante, pero ahora las entradas económicas también sirven para cuantificar daños subjetivos.

Deducir el daño moral por “*las esperanzas que fijaron en el proyecto y en la confianza que producía la presencia de la fiduciaria*”, la verdad no es una evidencia de daño. Si ello es así, en situaciones similares también se podrían reclamar otros daños subjetivos como a la vida en relación.

Las dificultades económicas para cubrir las cuotas por parte de los demandantes, en sí mismo no hace colegir un daño moral, y lo más delicado “*el maltrato padecido por parte de la abogada de la entidad*

fiduciaria” no explica la condena solidaria a la constructora, además que ello se escapa de la pretensión contractual que se estaba juzgando.

Preocupa que la *“afectación generalizada, derivada de la aflicción causada por el incumplimiento en la realización del proyecto prometido, mediante el cual aspiraban a acceder a una vivienda, la defraudación de la confianza por parte de la Fiduciaria y la Constructora y la congoja derivada de la sensación de pérdida del dinero de salarios y ahorros.”*, daños típicamente al patrimonio, generen el acápite condenatorio del que me aparto, pues aquí no bastaban *“las reglas de la experiencia”* para estimar la pretensión, sino que era necesario que efectivamente se probara el daño.

Por lo anterior, pregunto ¿cómo generalizar en alrededor de veinte personas la existencia de un daño subjetivo?. Con respeto considero que los argüidos *“vasos comunicantes”* no son suficientes para ello.

Así, valga recordar lo que expuse en el salvamento del voto que presenté el diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022) dentro del radicado 05001 31 03 008 2000 00585 01, oportunidad en la que dije, y hoy toma mayor vigencia, que:

“A lo expuesto se suma el reconocimiento de perjuicios morales por el incumplimiento del contrato. Desde la doctrina ello es posible, tal como lo dejó en claro la Corte Suprema de Justicia desde el 21 de julio de 1922, en la sentencia fundacional *“caso Villaveces”*, lo que ha encontrado mayor sustento desde el año 1971 con la expedición del Código de Comercio, especialmente con lo plasmado en el artículo 1006 de tal compendio.

“Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que un reconocimiento de ese tipo está atado a la vulneración directa o indirecta de derechos personalísimos (sentencias 8 mayo 1990 M.P. EDUARDO GARCIA SARMIENTO; 12 julio 1994 M.P. PEDRO LAFONT PIANETTA; 18 octubre 2005 M.P. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA), derechos estos que aún no comprenden el daño que sufriera una cosa o la propiedad, máxime cuando de los mismos supuesto fácticos de la acción, una de las demandadas asumió los gastos de vivienda de los entonces evacuados del edificio Venecia.

“A lo anterior se agrega, y de lo que también me aparto, el reconocimiento de perjuicios morales a algunos de los demandantes, haciéndose tabula rasa sobre el particular, ya que no se consideró que este tipo de daño es subjetivo, es decir, *“pertenciente o relativo al sujeto”*, donde se trató como si el “sufrimiento” de todos hubiera sido igual, ello en el evento que se hubiera demostrado, porque es que tampoco se probó, ya que debe recordarse que la única prueba del mismo y para cada caso (que no se particularizó), fue la declaración de parte que rindieron en el plenario, lo que riñe con la máxima consistente en que *“No es dable fabricarse la propia prueba”*, tal como lo ha indicado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SC 4791 del 7 de diciembre de 2020, SC del 25 de marzo de 2009 radicado 2002-00079, y SC del 10 de noviembre de 1999 radicado 5279.”

Por todo lo anterior, reitero mi posición sobre la improcedencia del reconocimiento por concepto de perjuicios morales en el asunto en estudio, pues estamos frente a una responsabilidad contractual en la que no se evidencia conculca a derechos personalísimos.

Con el mayor respeto, cordialmente:



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Magistrado