

Juzgado 01 Civil Municipal - Bogotá - Bogotá D.C.

De: Janneth Perez <Janneth.Perez@perezcamberos.com>
Enviado el: jueves, 7 de diciembre de 2023 1:01 p. m.
Para: Juzgado 01 Civil Municipal - Bogotá - Bogotá D.C.
CC: Fernanda Florian; Patricia Villamil
Asunto: Radicación No. 2023-00689 - Contestación de la demanda, Escrito de excepciones previas y Solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad
Datos adjuntos: Solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad 2023-00689.pdf; CONTESTACIÓN 2023-00689.pdf; PODER 2023-689.pdf; Constancia otorgamiento de Poder Fabio Molano 2023-689.pdf; ESCRITO DE EXCEPCIONES PREVIAS 2023-00689.pdf

Señor
JUEZ PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA
E. S. D.

Referencia: Radicación No. 2023-00689

Clase de Acción: Pago por Consignación

Demandante: FIDEICOMISO PALLADIO – SERENA DEL MAR – FIDUBOGOTA

Demandado: FABIO MOLANO HERRERA y OLGA LUCIA MOLANO HERRERA

Asunto: Contestación de la demanda, Escrito de excepciones previas y Solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad

JANNETH PEREZ CAMBEROS, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderada especial de los demandados en el proceso de la referencia, dentro del término legal concedido para el efecto, me permito radicar Contestación de la demanda, Escrito de excepciones previas y Solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, en los términos de los documentos adjuntos.

De igual manera manifiesto al despacho que las pruebas están cargadas en One Drive en el siguiente link: [Pruebas contestación 2023-689](#), toda vez que por la cantidad y el peso de las mismas es imposible allegarlas como archivos adjuntos en el correo.

Atentamente:

Janneth Pérez Camberos

Abogada



Nou Centro Empresarial, oficina 604

K.m 1.5 Vía Chía- Cajicá

Tel.: (57+1) 883 7124

Cel.: (57) 312 309 8861

Colombia

AVISO LEGAL: La información contenida en este mensaje electrónico, tiene carácter privado y confidencial. Solo puede ser utilizado por el destinatario. Cualquier copia o distribución, su reenvío total, parcial o su uso sin contar con expresa autorización de su autor, esta totalmente prohibida y sancionada por la ley. Si por algún motivo usted ha recibido el presente mensaje electrónico por error a su correo electrónico, por favor elimínelo y comuníquelo al remitente. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravié, destruya, intercepte, controle o impida esta comunicación, antes de que llegue a su destinatario, estará sujeto a las sanciones penales correspondientes, al igual que el que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, divulgue o emplee la información contenida en la misma.

Señor
JUEZ PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
E. S. D.

Referencia: Radicación No. 2023-00689
Clase de Acción: Pago por Consignación
Demandante: FIDEICOMISO PALLADIO – SERENA DEL MAR –
FIDUBOGOTÁ
Demandado: FABIO MOLANO HERRERA y OLGA LUCIA MOLANO
HERRERA
Asunto: Contestación de la demanda

JANNETH PEREZ CAMBEROS, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderada especial de los demandados en el proceso de la referencia, dentro del término legal concedido para el efecto, me permito contestar la demanda de la referencia en los siguientes términos:

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante correo electrónico de fecha 03 de noviembre de 2023, las demandantes remitieron notificación electrónica del auto admisorio de la demanda, proferidos el día 17 de agosto de 2023

Dentro del auto admisorio de la demanda de fecha 03 de noviembre de 2023, el despacho resolvió en su inciso 3°:

“De la demanda y sus anexos, córrase traslado a la parte demandada por el término de veinte (20) días...”

Recibida entonces la comunicación el día 03 de noviembre de 2023, deben contabilizarse los dos días hábiles a los que se refiere el artículo 08 de la ley 2213 de 2022, es decir, los días 7 y 8 de noviembre de 2023 de manera que el primer día de términos fue el 09 de noviembre de 2023, fecha a partir de la cual corrieron los términos, de forma que el término culmina hoy 07 de diciembre de 2023.

Por lo anterior, estando dentro del término legal concedido para el efecto, procedemos a contestar la demanda, pronunciándonos de forma clara y precisa frente a las pretensiones y cada uno de los hechos, además de exponer la fundamentación fáctica y jurídica de la defensa, tal y como lo señala el artículo 96 del Código General del Proceso.

2. FRENTE A LOS HECHOS

De acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del artículo 175 del CPACA, a continuación, nos pronunciamos en torno a todos y cada uno de los hechos planteados por la entidad demandante.

Al hecho No. 1: No nos consta, que se pruebe. Es un hecho en el que no participó mi representada. Sin embargo, obra en el documento denominado 3._REFORMA_DE_LA_DEMANDA_2023_00320 dentro de expediente a folio 41 copia del contrato de encargo fiduciario de administración e inversión No. 23-761313 suscrito entre Amarilo S.A.S. y Fiduciaria Bogotá S.A.

Al hecho No. 2. Es cierto. Así se desprende de la lectura del documento. En este punto es importante precisar que de la lectura de dicho contrato se evidencia que la Fiduciaria Bogotá S.A. adquirió otras obligaciones para el desarrollo del objeto contractual, que la demandante omitió mencionar en esta demanda, tales como:

- *Realizar diligentemente las gestiones necesarias para el desarrollo del objeto del Contrato de conformidad con lo establecido en el mismo (...).*
- *Recibir de tos ENCARGANTES las cuotas de separación de las unidades inmobiliarias resultantes del PROYECTO y administrarlos en los Fondos de*

Inversión Colectiva administrados por LA FIDUCIARIA, (...). Los recursos consignados en los fondos de Inversión Colectiva administrados por LA FIDUCIARIA generaran rendimientos a favor del ENCARGANTE que haya realizado el depósito apartir de la fecha en la cual LA FIDUCIARIA reciba los formatos de conocimiento de cliente debidamente diligenciados por LOS ENCARGANTES. (...)

Lo anterior consta en la cláusula 4.3 del contrato de encargo fiduciario.

Al hecho No.3: No nos consta. Que se pruebe. Es un hecho en el que no participaron mis representados.

Como se desprende del hecho, mis representados no eran parte dentro de dicha relación contractual, ni tampoco fue notificada de la suscripción del referido otrosí, aun cuando su vinculación como encargante al fideicomiso de administración e inversión No. 23-761313 había ocurrido con anterioridad a la firma del otrosí.

Al hecho No.4: No nos consta. Que se pruebe. Mis representados no participaron en la suscripción de otrosí alguno ni fue informada del contenido del mismo, aun cuando su vinculación como encargante al fideicomiso de administración e inversión No. 23-761313 había ocurrido con anterioridad a la firma del otrosí.

Al hecho No.5: No nos consta. Que se pruebe. Mis representados no participaron en la suscripción de dicho contrato de fiducia mercantil.

Lo que se desprende del hecho expuesto por la demandante es que los recursos pagados por los encargantes individuales dentro el Fideicomiso No. 23-761313 de administración e inversión (entre ellos mis representados), fueron transferidos al Patrimonio autónomo denominado Proyecto Palladio – Serena del Mar, y utilizados en la construcción del proyecto Palladio - Serena del Mar, así mismo, se evidencia que la fiduciaria asumió dentro de dicho contrato de fiducia mercantil, la obligación de:

“C. Transferir las UNIDADES DE DOMINIO PRIVADO del PROYECTO de conformidad con los contratos que se suscriban con los respectivos adquirentes.”

Al hecho No.6: Es parcialmente cierto, pues si bien el 30 de julio de 2019, mis representados suscribieron contrato de Encargo individual Fiduciario de Administración e Inversión, con el fin de adquirir el apartamento 3-401 del conjunto Palladio – Serena del Mar, el apartamento ofrecido inicialmente y que fue objeto de separación, no corresponde al que pretendía entregar la constructora Amarilo SAS en calidad de fideicomitente.

Olvida mencionar la Fiduciaria, que el apartamento ofrecido por la constructora y separado por mis representados gozaba de dos (2) características esenciales que fueron publicitadas ampliamente desde el año 2018, tanto en publicidad escrita, como en correos electrónicos, información verbal en salas de ventas y mediante difusión masiva en las redes sociales.

(Ver prueba No. 1 “Publicidad redes sociales 2018 - 2022”. Prueba No. 2 “Video publicitario YouTube”)

Dicha publicidad permite evidenciar que el apartamento separado por mis representada contaba con los siguientes atributos: i) Distrito Térmico; ii) dos habitaciones (Una principal y 1 habitación auxiliar);

El Distrito térmico era publicitado por el fideicomitente constructor como un atributo diferenciador *“con el fin de garantizar una mejor calidad de vida y un óptimo uso de sus recursos; **PALLADIO trabaja con dos novedosos sistemas tecnológicos capaces de simplificar sus gastos y conservar el ecosistema**”.*

En efecto, en la pieza publicitaria que se allega como prueba No. 6, Amarilo estableció que el distrito térmico:

“es una subestación térmica centralizada en el macro proyecto, que suministra el frío a los proyectos, por medio de tuberías subterráneas, trabajando con agua fría y caliente”

(Ver prueba No. 3 “Presentación del proyecto - incluye distrito térmico”)

No obstante, de manera unilateral, sin ningún tipo de aviso o notificación, decidieron eliminar esta característica del proyecto y defraudar a los compradores entregándoles un proyecto inmobiliario sin la especificación prometida.

También olvida mencionar la Fiduciaria que se le hizo entrega a mis representados de una pieza publicitaria impresa con información del proyecto Palladio, en la que se ofrecían “Apartamentos de 2 y 3 habitaciones”. Sin embargo, de forma unilateral y sin previo aviso o notificación, decidieron modificar la distribución interna de los apartamentos, eliminando una habitación y entregando en su lugar un estar.

Como se observa, el apartamento inicialmente separado por mis representados sufrió de sustanciales modificaciones que fueron decididas y ejecutadas unilateralmente por la constructora, sin mediar ningún aviso o notificación sobre las mismas, y sin que la fiduciaria cumpliera sus obligaciones legales y contractuales de velar por el cumplimiento de los acuerdos entre las partes.

Al hecho No.7: Es cierto. En efecto, en el documento de promesa de compraventa enviado por la constructora Amarilo SAS. a mis representados, se estableció que le correspondían el parqueadero No. 538, y el depósito No. 198.

Al hecho No.8: No es cierto. Mis representados no hicieron parte del contrato de fiducia mercantil No. 21-80484, celebrado entre Amarilo S.A., CALEO ARQUITECTURA S.A. y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

Por el contrario, mis representados se vincularon al contrato de encargo fiduciario No. 23-76313, en el cual se reguló el plazo para la firma de promesa de compraventa en el numeral 5 del Anexo 1 de la promesa de compraventa, así:

“5. FIRMA DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA: Se realizará una vez se haya cumplido el punto de equilibrio y el proyecto cuente con licencia de construcción y permiso de ventas”

Recordemos que mis representados se vincularon como encargantes individuales al contrato de fiducia de administración e inversión, por tanto, es dicho documento el que contiene las cláusulas contractuales bajo las cuales se regula este negocio. Maliciosamente pretende la demandante omitir las condiciones contractuales allí establecidas, para confundir al despacho, haciendo una presentación de condiciones de otro contrato en el cual mis representados no son parte ni suscribientes.

Como se desprende de los hechos, el incumplimiento de los plazos para la entrega de la promesa de compraventa fue de la constructora, Veamos:

- Las licencias de construcción se obtuvieron el día 01 de octubre de 2019, tal y como se evidencia en la resolución 0264 de 2019 expedidas por la Curaduría urbana No. 2 de Cartagena de Indias.
- El punto de equilibrio se alcanzó el día 17 de diciembre de 2019 tal como lo certificó la fiduciaria mediante comunicación de fecha 18 de agosto de 2022.

(Ver prueba No. 4 “Resolución No. 0264 de 01 de octubre de 2019, mediante la cual se conceden licencias de construcción en la modalidad de obra nueva y cerramiento, sobre predio ubicado en el Corregimiento de la Boquilla, Parcelación serena del Mar, área restante de parcelación Ciriaca, Parcela 6, Agrupación de Lotes A.24, Lote 1” y certificación de la fiduciaria mediante la cual se certifica la fecha del punto de equilibrio”)

Recordemos que entre la constructora y mis representados se acordó un plan de pago de cuota inicial, que mi representados cumplieron estrictamente, cuyo último abono se realizó, como estaba previsto, el día 31 de diciembre de 2020.

De forma que el envío de la minuta de promesa de compraventa ocurrió hasta el día 29 de septiembre de 2021, es decir con nueve (9) meses de mora desde el cumplimiento de los requisitos establecidos en el contrato, y veintiún (21) meses después del cumplimiento del punto de equilibrio. Además de la mora para el envío de la minuta, esta contenía graves inconsistencias en torno a las características del apartamento, que dieron lugar a

reclamaciones de mis representados exigiendo que la minuta se ajustara a lo realmente acordado.

Recordemos que, solo hasta el momento en que mis representados recibieron la minuta extemporánea de la promesa de compraventa, pudieron enterarse de las modificaciones sustanciales que de forma unilateral Amarilo había incorporado al apartamento, y se opuso a la suscripción de una promesa de compraventa sobre un apartamento sin las especificaciones prometidas dos años atrás, desde la separación del inmueble.

Ante la evidente mora de la constructora en el cumplimiento de sus obligaciones, especialmente en el envío oportuno de la promesa debidamente ajustada a lo realmente pactado entre las partes, existe imposibilidad de constituir en mora a mis representados, pues el artículo 1609 del código civil establece que:

“ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. 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

Finalmente vale la pena resaltar que el mismo contrato No. 23-76313 de encargo fiduciario de administración e inversión establece en el literal d) del numeral 7 de la cláusula 4.3., que:

*“d) Si no firmare la Promesa de Compraventa correspondiente al inmueble en el plazo de quince (15) días contados a partir del cumplimiento de las condiciones indicadas en la Cláusula 2.1 de este Contrato o en el plazo que estableciere y/o concediere por **EL FIDEICOMITENTE**, que, aunque se cumpliera cualquiera de dichos plazos, mantiene vigentes las obligaciones a cargo del **ENCARGANTE mientras no se manifieste su retiro por EL FIDEICOMITENTE.**”*

De lo anterior se desprende que el plazo otorgado al fideicomitente para el envío al encargante de la minuta de promesa de compraventa, era inmediatamente se cumplieran los requisitos para la transferencia de recursos al patrimonio autónomo derivado del contrato de fiducia mercantil. Plazo evidentemente incumplido por el fideicomitente constructor.

También se desprende que la sola falta de firma de la promesa de compraventa por parte del encargante (que no es el caso), no es suficiente para considerar que se ha retirado del negocio, pues se requiere adicionalmente de manifestación de la constructora en calidad de FIDEICOMITENTE, retirando oficialmente a la encargante.

Requisito que en el presente caso tampoco se cumplió, de forma que mis representados continúan manteniendo la calidad de encargantes dentro del contrato de encargo fiduciario de administración e inversión No. 23-76313 del 16 de marzo de 2018, con derecho a exigir el cumplimiento por parte del fideicomitente y de la fiduciaria.

- 1. (Ver pruebas No. 10 y 11 “Correo electrónico de fecha 21 de septiembre de 2021, Promesa de compraventa y sus 2 anexos enviados por Amarilo, el día 26 de julio de 2022.”)**

Al hecho No.9: No es cierto. Este hecho permite probar la mala fe de la fiduciaria al intentar distorsionar el verdadero sentido de la estipulación, tal y como se desprende del tenor literal de la estipulación:

*“**Amarilo SAS tiene como política comercial que cada persona tenga la opción de separar solamente una unidad por cada proyecto.** Antes de la firma de la promesa de venta, Amarilo sas no asume ningún vínculo jurídico con quien realiza la separación y por tanto, podrá antes de dicha fecha devolver las sumas recibidas sin que se cause ningún tipo de intereses a favor de quien realiza la separación.*

El objetivo de la estipulación era facultar a Amarilo para devolver los recursos al encargante que hubiese realizado la separación de más de un (1) inmueble por proyecto. Evidentemente, ese no es el caso en estudio, pues mis representados solamente separaron un inmueble dentro del proyecto Paladio - Serena del mar; de forma que la facultad contemplada en el numeral noveno no es aplicable al caso en estudio.

No obstante, es necesario aclarar que el contrato de encargo fiduciario si contempla una estipulación contractual aplicable en caso de desistimiento unilateral del negocio, cuando los recursos entregados por mis representados al fideicomiso No. 23-76313 de administración e inversión ya han sido transferidos al patrimonio autónomo derivado de la suscripción del contrato de fiducia mercantil No. 21- 80484.

En efecto, teniendo en cuenta que los recursos se transfirieron el mes de diciembre de 2019, las cláusulas aplicables al rompimiento contractual son las 6.1 y 6.1.1. que hacen parte del capítulo VI que regula las sanciones o penas por incumplimiento.

Precisamente, el numeral 6.1.2., establece una pena en contra de Amarilo y en favor del encargante, de la cual debe ser garante la fiduciaria, veamos:

*“El fideicomitente podrá desistir del negocio celebrado con el ENCARGANTE, para lo cual deberá remitir al ENCARGANTE, notificación mediante comunicación escrita, manifestando su intención de desistir. Dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación del desistimiento al ENCARGANTE, **el FIDEICOMITENTE deberá remitir a la fiduciaria copia del recibo de consignación por la suma equivalente al 10% del valor del inmueble realizada a favor del ENCARGANTE, a título de pena.** Una vez recibido el documento, la fiduciaria tendrá 5 días hábiles para consignar. En la cuenta indicada por el ENCARGANTE, la suma depositada por él junto con la suma generada por concepto de rendimientos.*

Contrario a lo manifestado por el demandante, el contrato de encargo, fiduciario y administración e inversión, si incluye una sanción en contra la constructora por el desistimiento unilateral, equivalente al (10%) del valor del inmueble; además establece como obligación de la fiduciaria exigir el recibo de consignación de dicha suma, como condición para la desvinculación del encargante del fideicomiso respectivo.

De ahí puede concluirse que la constructora incumplió su obligación de pagar la pena, y por tanto no tiene la facultad para retirar unilateralmente al encargante del negocio. También puede concluirse que la fiduciaria a su vez incumplió su obligación de exigir a la constructora el pago de la sanción estipulada en el contrato de fideicomiso en favor de mis representados.

Teniendo en cuenta que el inmueble tenía un valor de \$343.716.255,00 de pesos, el fideicomitente deberá pagar previamente la suma de \$34.371.625,5 pesos a mis representados, a título de pena por el desistimiento unilateral, como requisito para solicitar su retiro del negocio, más los perjuicios que se derivan de su incumplimiento.

Ahora bien, tal y como se expondrá en el acápite de excepciones de fondo, denominado “Abuso del derecho”, pretende la demandante exponer que puede la constructora demorar maliciosamente el envío de las minutas de promesa de compraventa para beneficiarse de una supuesta inexistencia de vínculo jurídico que le permita usar los recursos de terceros para el desarrollo del proyecto y luego alegar que no tiene ningún vínculo jurídico con ellos.

Recordemos que este planteamiento no solo es abusivo, sino que contraria las normas jurídicas de nuestro país, que contemplan todo un régimen de protección de aquellos consumidores que confiando en la buena fe de la constructora y en la diligencia de la fiduciaria, depositan sus ahorros para el desarrollo y adquisición de inmuebles en proceso de construcción.

Este vínculo jurídico es denominado en nuestra legislación como RELACION DE CONSUMO, y en virtud de la misma, se generan responsabilidades en cabeza de los oferentes de bienes y servicios en favor de los consumidores, que son considerados la parte vulnerable de la relación jurídica y por tanto gozan de especial protección legal.

Responsabilidad que también cubre a las entidades fiduciarias, tal y como lo dispone expresamente la Circular Básica Jurídica Parte II Capítulo V, expedida por la Superintendencia Financiera.

Al hecho No.10: No es cierto. Mis representados no han incumplido su obligación de suscribir la promesa de compraventa; por el contrario, quien ha incumplido la obligación de remitir la minuta de promesa ajustada a las condiciones ofrecidas en la publicidad que dieron lugar a la separación del inmueble ha sido la constructora. Por ello, no es cierto que proceda el numeral 11 de la carta de aceptación porque quien se encuentra en mora de

enviar el documento es el Fideicomitente.

Tal y como se acredita documentalmente, solo hasta el día 29 de septiembre de 2021 Amarilo envió una minuta de promesa de compraventa con dos (2) anexos denominados: Anexo 1 "LINDEROS TORRE 3 APTO 401" y anexo 2. denominado "DESCRIPCION Y ACABADOS DEL INMUEBLE PROMETIDO",

No obstante, dicha minuta omite hacer mención del distrito térmico, así mismo, al referirse a la distribución interna del apartamento, solo menciona una (1) habitación y un estar, a pesar de que el apartamento separado por mis representados contaba con dos (2) habitaciones, una habitación principal y una habitación auxiliar.

Ese correo remitido fue contestado por mis representados mediante comunicación de fecha 09 de noviembre de 2021, en la cual dejaba constancia de las inconsistencias y le exigía a Amarilo ajustarse a las condiciones inicialmente acordadas.

Así comenzaron una serie de comunicaciones que relacionamos a continuación y que se adjuntan como prueba del incumplimiento de Amarilo en el envío de una minuta ajustada a los acuerdos derivados de la relación de consumo, así:

- Hilo de correos electrónicos de fecha 9 de noviembre de 2021 - observaciones a la minuta de la compraventa,

(Ver pruebas No. 5 "Hilo de correos electrónicos de fecha 9 de noviembre de 2021- observaciones a la minuta de compraventa")

De lo anterior se desprende que no se ha configurado ninguna causal de desistimiento unilateral por culpa de mis representados. Por el contrario, ha sido Amarilo quien ha incumplido sus obligaciones contractuales y aún a la fecha de contestación de esta demanda, se encuentra en mora de cumplir.

Al hecho No.11: No es cierto, Nuevamente la demandante pretende descontextualizar la realidad al pretender plantear un presunto desistimiento de mis representados, derivado de la supuesta falta de firma de la promesa de compraventa, olvidando mencionar que ha sido Amarilo en calidad de fideicomitente, quien ha incumplido la obligación de enviar la respectiva minuta de promesa de compraventa ajustada a las verdaderas condiciones del negocio.

Tal y como se expuso frente al hecho No. 10 la razón por la cual no se ha suscrito la minuta de promesa de compraventa se debe a la mora de Amarilo de más de treinta (30) meses desde el cumplimiento de los requisitos para la transferencia de los recursos al Patrimonio Autónomo, en el envío de la minuta ajustada a las condiciones y características del apartamento inicialmente acordadas entre las partes.

En efecto, desde el mes de diciembre de 2019, Amarilo conocía del cumplimiento de los requisitos para la transferencia de los recursos de los encargos individuales al patrimonio autónomo, por tanto, desde esa fecha debía tener lista la minuta de las promesas de compraventa, pero como se ha probado, solo envió a mis representados el documento hasta el 29 de septiembre de 2021.

Ante la evidente mora de la constructora en el cumplimiento de su obligación de envío oportuno de la promesa debidamente ajustada a lo realmente pactado entre las partes, existe imposibilidad de constituir mora en contra de mis representados, pues el artículo 1609 del código civil establece que:

"ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. 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

Dado que el incumplimiento de Amarilo persiste aún hasta la fecha de contestación de esta demanda, no ha surgido obligación para mi mandante de suscribir documento alguno. Por tanto, existe imposibilidad de configurar la causal de desistimiento que pretende la demandante, así como la sanción de pérdida de rendimientos sobre sus aportes al encargo fiduciario.

Al hecho No.12: No es cierto. Esta estipulación de pérdida de devolución de rendimientos solo es aplicable en caso de desistimiento del negocio por parte del encargante, pero como se desprende de lo establecido a lo largo de esta contestación, esta cláusula no es aplicable al caso porque mis representados jamás ha desistido del negocio, y así se lo ha manifestado reiteradamente al fideicomitente como a la fiduciaria.

En efecto, se allegan las comunicaciones de fecha 09 de noviembre de 2021, 25 de noviembre de 2021 y 26 de noviembre de 2021, en las cuales deja constancia del incumplimiento de Amarillo en la entrega de una minuta de compraventa ajustada a las condiciones inicialmente acordadas, y se le exige el ajuste del texto conforme a los ofrecimientos que la constructora hizo para el proyecto no solo por parte de mis representados sino de otros compradores del proyecto poniendo en conocimiento de los demás, que la constructora había realizado cambios unilaterales y abusivos sobre las características del proyecto que les habían ofrecido a los interesados, especialmente respecto a la inclusión del distrito térmico .

(Ver prueba No. 5, 6 (“Hilo de correos electrónicos de fecha 9 de noviembre de 2021- observaciones a la minuta de compraventa, Hilo de correos masivos iniciado el día 25 de noviembre de 2021- se informa a todos los compradores de los cambios en el proyecto”))

En ese orden de ideas, es el fideicomitente la parte incumplida de esta relación, situación de incumplimiento que se mantiene a la fecha, pues en lugar de enviar la minuta corregida para firma, decidió desistir unilateralmente, con lo cual consolidó el derecho de mis representados a ser indemnizados y a recibir el pago de las sanciones contractuales establecidas a su favor.

Así las cosas, mis representados no ha perdido su derecho a recibir los rendimientos sobre el dinero entregado a la fiducia, menos cuando ha cumplido a cabalidad todas sus obligaciones, de forma que negarle injustificadamente los rendimientos consolida un enriquecimiento sin causa en favor de la parte incumplida, esto es del fideicomitente.

Al hecho No.13: No nos consta, que se pruebe. Es un hecho en el que no participó mi representada. si bien la fiduciaria certificó en oficio No. 220726-000086 de fecha 07 de septiembre de 2022 que el punto de equilibrio se alcanzó el mes de agosto de 2020, no nos consta que desde ese momento se hayan girado los recursos a al Fideicomiso Palladio – Serena del mar – Fidubogotá.

Es importante resaltar que, de acuerdo con lo manifestado por la demandante, los recursos se giraron el 17 de diciembre de 2019, de forma que surgió desde ese momento la obligación de la constructora de enviar la minuta de promesa de compraventa; sin embargo, solo hasta el 29 de septiembre de 2021, es decir nueve meses después, Amarillo envía una minuta cuyo contenido no corresponde a lo acordado entre las partes.

Así que resulta abusivo y contrario a derecho pretender que mis representados deban asumir una sanción contractual cuando la mora en el cumplimiento de las cargas está radicada en la constructora; especialmente si se tienen en cuenta el principio jurídico según el cual nadie puede beneficiarse de su propia negligencia.

De esta forma, pretende la demandante que sean mis representados quienes asuman las consecuencias negativas derivadas de la negligencia de la constructora, quien se abstiene de enviar a tiempo la minuta, luego envía una minuta que no corresponde a lo acordado, y como consecuencia pretende apoderarse de los rendimientos legítimamente generados con los recursos aportados por mis representados.

Así las cosas, no es cierto que, desde la fecha de giro de los recursos, mis representados hayan perdido el derecho a los rendimientos sobre el dinero pagado, pues no se ha consolidado ninguna causal contractual que así lo permita. Pensar lo contrario, sería consolidar un abuso del derecho y un enriquecimiento sin causa en cabeza de la fiducia y del fideicomitente.

Al hecho No.14: Es parcialmente cierto. En primer lugar, queremos resaltar que este hecho permite probar la mora de la constructora en el envío de la minuta de promesa, pues tal y como lo afirma la demandante, los requisitos para el giro de recursos se habían

cumplido desde el mes de diciembre de 2019, pero solo nueve (9) meses después, la constructora envió una minuta que no cumplía las condiciones acordadas, especialmente en torno a las características del apartamento separado.

De lo anterior se desprende que no es cierto que mis representados se hayan abstenido de cumplir su obligación de suscribir la promesa de compraventa, porque no es posible suscribir un documento que jamás le ha sido enviado. Por el contrario, ha sido Amarilo quien ha incumplido sus obligaciones contractuales de enviar una promesa ajustada a lo ofrecido y de hecho a la fecha de contestación de esta demanda, aún se encuentra en mora de cumplir.

(Ver prueba No. 6, 7 Y 8 “Hilo de correos electrónicos de fecha 9 de noviembre de 2021- observaciones a la minuta de compraventa, Hilo de correos masivos iniciado el día 25 de noviembre de 2021- se informa a todos los compradores de los cambios en el proyecto – Hilo de correos electrónicos de fecha 4 de febrero de 2022- proyectos de Amarilo con DT”)

Al hecho No.15: Es parcialmente cierto. Si bien la carta de instrucciones estipula la devolución de los recursos transferidos al encargo fiduciario en una proporción del 50% a cada uno de mis representados, No es cierto que en este caso proceda tal disposición porque mis representados no han recibido la promesa de compraventa conforme a las características del apartamento separado, que fueron pactadas entre las partes.

Además, la constructora ha ignorado los múltiples requerimientos de mis mandantes para el ajuste de las inconsistencias presentadas en el documento y ahora pretende anular el negocio y eximirse de su responsabilidad de desarrollar el objeto y la finalidad prevista en el contrato que debía ser ejecutado en los términos de un grado máximo del deber de lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y especialidad como se espera de un experto en negocios fiduciarios que como actividad de interés público está vigilada y controlada por el Estado.

Al hecho No. 16: Es parcialmente cierto. Si bien es cierto que se abonó la cantidad indicada, y que en caso de devolución a cada uno de mis representados le corresponde la mitad de dicha suma, No es cierto que en este caso proceda tal disposición porque mis representados no han recibido la promesa de compraventa conforme a las características del apartamento separado, que fueron pactadas entre las partes.

Al hecho No.17: No es cierto. Mis representados jamás se ha negado a firmar la promesa de compraventa, por el contrario, ha sido la constructora quien ha incumplido su obligación de enviar oportunamente la promesa ajustada a las condiciones pactadas entre las partes, especialmente en torno a las características del apartamento separado.

Tampoco es cierto que lo procedente fuera la facultad en cabeza del fideicomitente para optar por la devolución de los aportes realizados por mi representada junto con sus rendimientos, por el contrario, en las relaciones jurídicas bilaterales, es la parte cumplida quien tiene la facultad de elegir los remedios que más convengan para superar el incumplimiento de la otra parte.

En ese orden de ideas, la parte cumplida son mis representados, en la medida en que hizo oportunamente todos los pagos acordados, por tanto, son ellos y no la constructora quien tiene la facultad de elegir entre la resolución del contrato o la ejecución forzosa del mismo, en ambos casos, con derecho a la respectiva indemnización de perjuicios, así lo establece el artículo 1546 del código civil:

“ARTICULO 1546. <CONDICION RESOLUTORIA TACITA>. 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”

Como se observa, No le asiste ningún derecho a la constructora para imponer de forma unilateral la devolución de los recursos, por el contrario, ese acto en sí mismo constituye la

prueba del incumplimiento contractual de la constructora frente a sus obligaciones dentro de la relación de consumo, y da lugar a la respectiva indemnización de perjuicios en favor de mis representados.

Tampoco constituye un acto de liberalidad reconocer los rendimientos a mis representados, pues ellos son los dueños de los recursos depositados en el encargo fiduciario y por tanto tienen derecho a percibir sus frutos, sin que exista norma legal o estipulación contractual que le permita al fideicomitente apoderarse de ellos.

(Ver prueba No. 6 ,7,8, 9, 10 “Hilo de correos electrónicos de fecha 9 de noviembre de 2021- observaciones a la minuta de compraventa, Hilo de correos masivos iniciado el día 25 de noviembre de 2021- se informa a todos los compradores de los cambios en el proyecto , Hilo de correos electrónicos de fecha 4 de febrero de 2022- proyectos de Amarilo con DT, Comunicación de fecha 11 de octubre de 2022, remitida por mis representados a Fiduciaria Bogotá S.A. - Comunicación de fecha 11 de octubre de 2022, remitida por mis representados a Amarilo S.A.S”)

Al hecho No.18: No es cierto. No es posible considerar como un ofrecimiento de pago el comunicado de la Fiduciaria Bogotá ha enviado el día 10 de marzo de 2023 en calidad de vocera del patrimonio autónomo derivado del contrato de fiducia mercantil No. 21- 80484, en la medida en que no se consolidó ninguna causal para la devolución de recursos.

Por el contrario, los recursos de mis representados fueron transferidos al patrimonio autónomo, a título oneroso, y por tanto mis representados adquirió en contraprestación el derecho a ser registrada por parte de la fiduciaria como “beneficiarios de derecho de área” dentro del proyecto.

Así las cosas, en ninguna de las dos relaciones jurídicas que la fiduciaria tiene con la constructora Amarilo SAS, se desprende la obligación de pago de sumas de dinero en favor de mis representados.

Para ilustrar el punto, es necesario revisar las dos relaciones jurídicas, que son:

- i) la existente entre la Fiduciaria Bogotá y la constructora Amarilo SAS dentro de **un contrato de encargo fiduciario** de administración e inversión, cuyo objeto era recibir los dineros de los interesados en comprar los inmuebles y administrarlos en un fondo colectivo; y,
- ii) la existente entre la Fiduciaria Bogotá S.A. y Amarilo SAS y Caleo Construcciones dentro de **un contrato de fiducia mercantil**, para la administración y desarrollo del proyecto denominado PALLADIO – SERENA DEL MAR, cuyo objeto era el desarrollo del proyecto inmobiliario.

Tanto la ley como la jurisprudencia han explicado que, en la fiducia mercantil se crea un patrimonio autónomo conformado por los derechos o bienes que los fideicomitentes transfieren, el cual es representado por una fiduciaria.

Mientras que, en el encargo fiduciario, no se crea un patrimonio autónomo, por tanto, la propiedad de los derechos o los bienes continúa en cabeza del encargante, den consecuencia la fiduciaria obra como mandataria del encargante o del fideicomitente para cumplir la finalidad encomendada.

Ahora bien, mis representados se vincularon de manera independiente al contrato de encargo fiduciario No. 23-761313 de administración e inversión, **en calidad de encargante**, por tanto, la fiduciaria obraba en su nombre, en calidad de encargado fiduciario; en consecuencia, mis representados no se desprendieron del derecho de dominio sobre los recursos allí depositados, ni de los rendimientos o frutos de dichos aportes.

El objeto de este contrato de encargo fiduciario era transferir los recursos de mis representados junto con sus rendimientos al otro contrato de fiducia mercantil, según la carta de instrucciones dada por mis representados, una vez se cumplieran los requisitos contemplados en el Capítulo II “Objeto del Contrato”, cláusula 2.1, del respectivo encargo fiduciario No. 23-761313 de administración e inversión.

En consonancia, la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia ha considerado que la declaratoria de responsabilidad sobre las fiduciarias:

«no ha de ser meramente nominal, sino que debe tener trascendencia de generar el perjuicio reclamado. En otras palabras, el incumplimiento debe ser la causa determinante del daño que se reclama y que, en este caso, se concreta en la no entrega de la unidad inmobiliaria prometida a los beneficiarios de área». CSJ- SC3772-2022-2014-01067-01)

Es así como frente a los incumplimientos sistemáticos del contrato de encargo fiduciario en cabeza de la demandada y la fideicomitente constructora ha sido imposible la entrega del inmueble adquirido por mis mandantes, toda vez que se aleja de las características pactadas inicialmente y por las que mis representados prefirieron ser beneficiarios de área de la unidad inmobiliaria en cuestión.

De manera que, el objeto contractual del encargo fiduciario depende inequívocamente del cumplimiento de las obligaciones de quienes intervienen y participan en esta red de contratos coligados, en razón del nexo funcional y la vinculatoriedad de las relaciones jurídicas.

En ese marco, la parte cumplida, en este caso mis mandantes quienes han cumplido a cabalidad con el plan de pagos no pueden asumir las consecuencias de la negligencia profesional de la fiduciaria ni soportar la sustracción de sus obligaciones puesto que derivan sobre el patrimonio de mis representados, tal como lo dispone el artículo 1234, numeral 1 del código de Comercio.

ARTÍCULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

De acuerdo con el hecho trece (13) de la demanda, Fiduciaria Bogotá explica que efectivamente cumplió con su encargo de girar los recursos al patrimonio autónomo derivado del contrato de fiducia mercantil No. 21- 80484, una vez fueron acreditados los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario, consistentes en la expedición de las licencias de construcción y lograr el punto de equilibrio en ventas del proyecto.

En tal sentido, no le corresponde a la fiduciaria ofrecer pago por consignación dentro de dicha relación jurídica, porque en dicho contrato la Fiduciaria obra en nombre de mi mandante para la entrega de recursos de su propiedad conforme a la carta de instrucciones al Patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Palladio Serena del Mar - Fidubogotá.

Ahora bien, revisemos la segunda relación de fiducia mercantil dentro de la cual mis representados no son parte; una vez la fiduciaria entrega los recursos de propiedad de mis representados a dicho patrimonio autónomo, este adquiere la propiedad sobre los mismos, y en contraprestación, mis representados adquiere un derecho en calidad “beneficiaria de área”, el cual debe ser registrado por la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo.

Así las cosas, una vez entregados los recursos de los interesados en adquirir los inmuebles que se destinan al desarrollo del proyecto inmobiliario, La fiduciaria asume el compromiso de Responder ante esos beneficiarios de áreas por la transferencia del inmueble separado al finalizar la construcción de la etapa respectiva del proyecto. tal y como se desprende del artículo 1234 numeral 7 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

“7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario,”

Es así como se protegen los derechos de los consumidores de proyectos inmobiliarios construidos sobre planos, a través de la intervención de fiduciarias que garanticen el adecuado recaudo de dinero, la inversión en el proyecto, la viabilidad técnica, jurídica y financiera del mismo, y finalmente, la transferencia del derecho de dominio del inmueble separado.

En consecuencia, No es cierto que se consolide ninguna causal para la terminación del negocio jurídico, es así como se evidencia la renuencia del demandante a cumplir con sus obligaciones contractuales, afectando la confianza y lealtad de mis mandantes depositada

en la fiduciaria Bogotá y la fideicomitente constructora, para realizar y asegurar el proyecto de vida de mis representados en una vivienda que cumpla con las características y virtudes por las cuales fue adquirida.

Así las cosas, si mis representados no han desistido del negocio jurídico, Significa que siguen ostentando el derecho a ser beneficiarios de área de la unidad separada dentro del proyecto Palladio, Serena del mar.

En tal sentido, si la fiduciaria quiere iniciar un pago por consignación en contra de mis representados, lo que deberá ofrecer no es la devolución del dinero recaudado ni de sus rendimientos, sino la transferencia de dominio del inmueble separado por mis representados y que dio lugar a la suscripción tanto del documento de separación del encargo individual y de la carta de instrucciones.

3. OPOSICION A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones establecidas en la demanda y en particular a aquellas que pretenden extinguir las obligaciones de patrimonio autónomo denominado Palladio – Serena del Mar, con la devolución de sumas de dinero, porque la verdadera obligación que el patrimonio le adeuda a mis representados es la entrega de los inmuebles separados, así:

- Apartamento No. 3-401, el depósito 198 y el garaje 538 del proyecto Palladio
Serena del Mar

Es claro que el objeto del encargo fiduciario y del contrato de fiducia mercantil, era la construcción de un proyecto inmobiliario bajo las características ofrecidas por el fideicomitente constructor y por Fiduciaria Bogotá a través de la extensa publicidad difundida entre los consumidores. Por tanto, la demandante no tiene la facultad de modificar o sustituir la obligación a su cargo, mediante el ofrecimiento de dinero.

Así las cosas, me opongo a la devolución de sumas de dinero, equivalentes a los recursos que mis representados entregó hace más de dos años, así como a la devolución de los rendimientos que estos recursos generaron en su oportunidad.

Finalmente, teniendo en cuenta que la Fiduciaria Bogotá promovió esta acción sin contar con los requisitos formales y sustanciales para ello, ruego sea condenada en costas.

4. EXCEPCIONES DE FONDO

4.1. IMPROCEDENCIA DEL PAGO POR CONSIGNACION PROPUESTO POR PARTE DE LA DEMANDANTE

De acuerdo con el artículo 381 del CGP y el artículo 1658 del Código Civil, para poder ordenar el pago por consignación y que este tenga validez, es necesario que se cumplan estos requisitos:

- que se realice una oferta previa a la radicación de la demanda
- que la persona que ofrece el pago sea capaz
- que la persona que ofrece el pago sea la que está obligada a pagar
- que se dirija al acreedor capaz de recibir o a su representante,
- que la obligación actualmente sea exigible,
- que se ofrezca realizar el pago en el lugar que se estipuló, y
- que la obligación que se ejecutará sea la que corresponde.

Tal y como se ha expuesto a lo largo de esta contestación, la transferencia de los recursos de los encargos individuales al patrimonio autónomo Fideicomiso Palladio Serena del Mar ocasionaron el surgimiento del derecho de los encargantes como beneficiarios de área dentro del proyecto inmobiliario.

En consecuencia, lo debido por parte del Fideicomitente constructor y de la fiduciaria no es una suma de dinero, sino el derecho a la transferencia de los inmuebles, una vez estuvieran construidos.

Tanto el contrato de encargo fiduciario de administración e inversión como el contrato de fiducia mercantil establecían la obligación del fideicomitente constructor de remitir la respectiva promesa de compraventa, donde se incluyeran las características esenciales de dichos inmuebles, Sin embargo, el fideicomitente constructor ha incumplido esa obligación hasta la fecha.

Lo cierto es que las minutas enviadas han permitido evidenciar las modificaciones unilaterales pretendidas por el fideicomitente constructor, así como el incumplimiento a los ofrecimientos realizados a los consumidores. En otras palabras, se ha podido evidenciar que el constructor pretende cumplir sus obligaciones con un objeto diferente al que fue acordado entre las partes.

Ahora bien, el pago por consignación tiene como finalidad extinguir una obligación a cargo del deudor, cuando el acreedor se niega a recibir lo efectivamente adeudado, de forma que es esencial que el ofrecimiento de pago verse sobre que realmente se debe y no sobre algo diferente.

En consecuencia, no es posible que un deudor extinga la obligación a su cargo, entregando al acreedor algo diferente a lo realmente debido, así lo establece el Código Civil en su artículo 1657:

“La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona”.

Por ello es necesario reiterar que para que el pago por consignación sea válido, la consignación propuesta por la Fiduciaria Bogotá debe corresponder a la obligación que ésta en calidad de representante legal del patrimonio autónomo constituido para el Proyecto Palladio Serena del Mar, adeuda a mis representados.

Los documentos contractuales dan cuenta de la obligación precisa y específica derivada tanto del contrato de encargo como del contrato de Fiducia mercantil, de donde se desprende que mi representada buscaba la adquisición de un inmueble dentro de un proyecto inmobiliario desarrollado por el Fideicomitente constructor.

También se acredita que dicho inmueble gozaba de unas características ofrecidas conjuntamente por el fideicomitente constructor y la fiduciaria, a través de la extensa publicidad que difundieron y que se allega como prueba. Características que fueron sustanciales para mis representados al momento de tomar la decisión de separar el inmueble.

Así las cosas, no cabe posibilidad legal o contractual que le permita a la fiduciaria o al fideicomitente constructor pagar la obligación con un objeto diferente al acordado por las partes, de forma que, si insisten en hacer un pago por consignación, este debe ajustarse estrictamente a la entrega o transferencia del bien inmueble con las características ofrecidas a mis representados.

Para ello es necesario nuevamente revisar las obligaciones que la Fiduciaria y el Fideicomitente adquirieron frente a mis representados, tanto en el contrato de encargo fiduciario y el contrato de fiducia mercantil, para determinar que la devolución de sumas de dinero no constituye en ninguna de las dos relaciones contractuales el pago de la obligación.

Recordemos que la Fiduciaria celebró dos contratos diferentes con el fideicomitente, así:

- Contrato de encargo fiduciario de administración e inversión suscrito entre la Fiduciaria Bogotá y la constructora Amarilo SAS, cuyo objeto era recibir los dineros de los interesados en comprar los inmuebles y administrarlos en los fondos de inversión colectiva administrados por la Fiduciaria; y,
- Contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Fiduciaria Bogotá S.A. y Amarilo SAS y Caleo Arquitectura S.A. para la administración y desarrollo del proyecto denominado PALLADIO – SERENA DEL MAR, cuyo objeto era el desarrollo del proyecto inmobiliario denominado Palladio.

Debemos tener en cuenta que no se trata del mismo tipo de relación jurídica, pues tanto la ley como la jurisprudencia han explicado que, en la fiducia se trasfiere la propiedad de los bienes o derechos del fideicomitente al patrimonio autónomo; mientras que, en el encargo fiduciario, la propiedad continúa en cabeza del encargante.

Ahora bien, mis representados se vincularon de manera independiente al contrato de encargo fiduciario No. No. 23-761313 de administración e inversión, en calidad de encargante, donde la fiduciaria obraba a su favor, en calidad de encargado fiduciario. En consecuencia, mis representados no se desprendieron del derecho de dominio sobre los recursos allí depositados, ni de los rendimientos o frutos de dichos aportes.

El objeto de este contrato de encargo fiduciario era transferir los recursos de mis representados junto con sus rendimientos al otro contrato de fiducia mercantil, según la carta de instrucciones dada por mis representados, una vez se cumplieran los requisitos contemplados en el Capítulo II Objeto del contrato, numeral 2.1 del encargo fiduciario No. 23-761313 de administración e inversión.

En el hecho cinco (5) de la demanda, Fiduciaria Bogotá explica que efectivamente cumplió con el encargo de girar los recursos al fideicomiso Palladio - Serena del Mar, una vez fueron acreditados los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario, consistentes en la presentación por parte del Fideicomitente de documentos para adelantar actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, la expedición de las licencias de construcción y lograr el punto de equilibrio en ventas del proyecto.

En tal sentido, la fiduciaria no puede ofrecer pago por consignación a mis representados dentro de dicha relación jurídica de encargo fiduciario, porque los recursos siempre fueron de mis mandantes; adicionalmente, es pertinente recordar que la Fiduciaria obraba en nombre de mi mandante, para transferir los recursos conforme a la carta de instrucciones al Patrimonio autónomo denominado Proyecto Palladio – Serena del Mar.

Ahora bien, revisemos la segunda relación jurídica de fiducia mercantil suscrita entre la Fiduciaria Bogotá y el fideicomitente constructor. El primer aspecto que debemos resaltar es que mi representada no es parte dentro de ese contrato, es decir que las obligaciones existentes solo vinculan a la fiduciaria y a los fideicomitentes.

Desde esa perspectiva, se evidencia la imposibilidad de la fiduciaria de extinguir obligaciones en favor de mis mandantes en la medida en que ellos no son parte del contrato de fiducia mercantil.

Tampoco se establece de donde surge la obligación de entregar sumas de dinero a mis representados, cuando la naturaleza de las obligaciones es diferente. La jurisprudencia ha explicado que, en los negocios de fiducia inmobiliaria, los diferentes contratos fiduciarios están interrelacionados, pues el logro de los objetivos en uno o alguno de ellos afecta el cumplimiento de los objetivos en los demás.

se encuentran interrelacionados o inter conjugados.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC1416, 23 jun. 2022, rad. n.º 2019-00014-00) ha explicado lo siguiente:

“Por eso, a los intervinientes en la red contractual se les impone obrar armónicamente y en dirección al logro del propósito común; no les basta, entonces, con cumplir las obligaciones del pacto individual, sino que tienen deberes y obligaciones por satisfacer frente a la integración de que son parte los contratos coligados, pues de su cabal satisfacción depende tanto el surgimiento como la existencia del entramado contractual y, por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados” (ibidem). Por tal razón, es menester que la ejecución de esa cadena de convenios se realice por cada uno de los partícipes de la manera que mejor contribuya al logro del objetivo sistémico que se trazó”

La doctrina ha explicado de forma pacífica esta interrelación explicando que la fiduciaria debe en primer lugar constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el encargo fiduciario por parte del fideicomitente constructor, para proceder a hacer la transferencia de los recursos depositados en los encargos individuales al patrimonio autónomo de fiducia mercantil.

Una vez la fiduciaria transfiere los recursos de propiedad de los encargantes a dicho patrimonio autónomo, este adquiere la propiedad sobre los mismos, y en contraprestación, los encargantes adquieren un derecho de “beneficiarios de área”, el cual debe ser registrado por la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo.

Así las cosas, el patrimonio adquiere la titularidad de los recursos que deberá invertir en el desarrollo del proyecto inmobiliario, mientras que los encargantes adquieren el derecho como “beneficiarios de área” que les permite obtener la transferencia del inmueble separado, una vez este se encuentre construido.

La fiduciaria por su parte asume responsabilidades legales que no puede desconocer; en primer lugar, debe vigilar que los recursos sean efectivamente invertidos en la ejecución del proyecto y que el constructor no desvíe su uso, así se desprende el Código de Comercio en el artículo 1234, numeral 4:

“4). Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.”

Adicionalmente, la fiduciaria asume el compromiso de responder ante esos beneficiarios de áreas por la transferencia del inmueble separado al finalizar la construcción de la etapa respectiva del proyecto. tal y como se desprende del artículo 1234 numeral 7o del Código de Comercio que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>.
Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:
(...)

7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario,”

Fíjese que esta obligación no depende de lo que hayan dispuesto las partes, sino que constituye una orden imperativa de la ley, la cual resalta la obligatoriedad de esta carga al determinar que se trata de “deberes indelegables del fiduciario”.

En el mismo sentido se contempla esta obligación en el Título Quinto de la Circular Externa 007 de 1996, expedida por la Superintendencia Financiera, que define a este negocio fiduciario, así;

*“negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo **y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato (...)**”*

Finalmente, la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera en la Parte II, Título II Capítulo I: Disposiciones especiales aplicables a los negocios jurídicos, reitera el mismo concepto, así:

8.2. Fiducia inmobiliaria

(...)

*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.***

Obligación que finalmente asumió, tal y como consta en la cláusula Quinta, literal C, del contrato de fiducia mercantil No. 21-80484 de 16 de octubre de 2018, así:

*“C. Transferir las **UNIDADES DE DOMINIO PRIVADO** del **PROYECTO** de*

conformidad con los contratos que se suscriban con los respectivos adquirentes.”

Es así como se protegen los derechos de los consumidores de proyectos inmobiliarios construidos sobre planos, a través de la intervención de fiduciarias que garanticen el adecuado recaudo de dinero, la inversión de los recursos en el proyecto, la viabilidad técnica, jurídica y financiera del mismo, y finalmente, la transferencia del derecho de dominio del inmueble separado.

El derecho de beneficio de área se deriva de la suscripción previa de un contrato de fiducia inmobiliaria, cuyo proyecto es construido con recursos de los aportantes a título oneroso, con la única finalidad de obtener la tradición por parte de a fiduciaria como representante legal del patrimonio autónomo respectivo, por su parte el fideicomitente constructor adquiere la obligación de hacer la entrega material.

Ahora bien, en el caso en particular, se tiene probado que los recursos de mis representados junto con sus rendimientos fueron transferidos al patrimonio autónomo No. 23-761313, por tanto, mis representados ya adquirieron en contraprestación, el derecho de “beneficiarios de área” que la faculta para exigir la transferencia de los inmuebles separados dentro del proyecto Palladio - Serena del mar, una vez estos sean construidos.

En tal sentido, si la fiduciaria quiere iniciar un pago por consignación en contra de mis representados, lo que deberá ofrecer no es la devolución del dinero recaudado ni de sus rendimientos, sino la transferencia de dominio del inmueble separado y sobre el cual ostenta el derecho de beneficio de área, junto con la indemnización de perjuicios por la ausencia de las características que ofreció y que ahora no piensa entregar.

Recordemos que la devolución del dinero solo es posible contractualmente cuando la encargante ha decidido desistir del negocio, pero como se ha expuesto a lo largo de esta contestación de demanda, eso jamás ha ocurrido.

Por el contrario, las diferentes comunicaciones cruzadas entre mi representados y el fideicomitente constructor, que se allegan como prueba documental, dan cuenta de su interés permanente de adquirir el inmueble, bajo las condiciones y características acordadas en las partes, que fueron ofrecidas conjuntamente por el fideicomitente constructor y la fiduciaria en la publicidad ampliamente difundida en redes y medios de comunicación, y entregada directamente a mis representados.

En consecuencia, solicitamos al despacho negar la solicitud de pago por consignación ofrecida por la demandante, en la medida en que la obligación que pesa en su contra y en favor de mis representados no consiste en la devolución de suma de dinero alguna, sino en la transferencia de los inmuebles separados, para los cuales se aportaron los recursos acordados, junto con el pago de la indemnización de perjuicios causados, sin que a la fecha el fideicomitente constructor ni la fiduciaria se hayan allanado a cumplir.

4.2. IMPOSIBILIDAD DE CONFIGURAR DESISTIMIENTO UNILATERAL EN CABEZA DE MI REPRESENTADA – INCUMPLIMIENTO PREVIO DE LA FIDUCIARIA Y EL FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR

Pretende la demandante establecer que el fideicomitente constructor dentro del contrato de fiducia mercantil tiene la facultad de ofrecer la devolución de los recursos entregados por mis representados a través del pago por consignación, para ello pretende establecer un presunto incumplimiento de mis representados consistente en abstenerse de firmar la promesa de compraventa.

En consecuencia, considera la fiduciaria que esta circunstancia se puede interpretar como un desistimiento o retiro del negocio, el cual da lugar a la devolución de los recursos entregados al encargo de administración e inversión.

A estas alturas puede resultar un poco reiterativo repetir que ninguna de estas argumentaciones corresponde a la realidad, sin embargo, conviene hacer nuevamente un recuento sobre los plazos que el contrato establecía para la entrega de la promesa, las condiciones y características del inmueble que esta debía contener, y las imposiciones que la fideicomitente constructora ha intentado ejecutar para omitir las consecuencias de su incumplimiento reiterado.

Mis representados se vincularon al contrato de encargo fiduciario No. 23-76313, en el cual se reguló el plazo para la firma de promesa de compraventa en el numeral 5 del Anexo 1 de la promesa de compraventa, así:

“5. FIRMA DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA: Se realizará una vez se haya cumplido el punto de equilibrio y el proyecto cuente con licencia de construcción y permiso de ventas”

Recordemos que mis representados se vincularon como encargante individual al contrato de fiducia de administración e inversión, en el mes de octubre de 2019, por tanto, es dicho documento el que contiene las cláusulas contractuales bajo las cuales se regula este negocio.

Como se desprende de los hechos, el incumplimiento de los plazos fue de la fideicomitente constructora, Veamos:

- Las licencias de construcción se obtuvieron el día 01 de octubre de 2019, tal y como se evidencia en la resolución 0264 de 2019 expedidas por la Curaduría urbana No. 2 de Cartagena de Indias.
- El punto de equilibrio se alcanzó el día 17 de diciembre de 2019 tal como lo certificó la fiduciaria mediante comunicación de fecha 18 de agosto de 2022.

(Ver prueba No. 4 “Resolución No. 0264 de 01 de octubre de 2019, mediante la cual se conceden licencias de construcción en la modalidad de obra nueva y cerramiento, sobre predio ubicado en el Corregimiento de la Boquilla, Parcelación serena del Mar, área restante de parcelación Ciriaca, Parcela 6, Agrupación de Lotes A.24, Lote 1” y certificación de la fiduciaria mediante la cual se certifica la fecha del punto de equilibrio”)

Mis representados terminó de cumplir oportunamente con su plan de pagos el mes de noviembre de 2021; De forma que el envío de la minuta de promesa de compraventa ocurrió hasta el día 29 de septiembre de 2021, es decir con ocho (8) meses de mora desde el cumplimiento de los requisitos establecidos en el contrato para el efecto.

Además de la mora en el envío de la minuta, esta contenía graves inconsistencias en torno a las características del apartamento, que dieron lugar a reclamaciones de mis representados exigiendo que la minuta se ajustara a lo realmente acordado.

Recordemos que, solo hasta el momento en que mi representados recibieron la minuta extemporánea de la promesa de compraventa, pudo enterarse de las modificaciones sustanciales que de forma unilateral Amarilo había incorporado al apartamento, y se opuso a la suscripción de una promesa de compraventa sobre un apartamento sin las especificaciones prometidas dos años atrás, desde la separación del inmueble.

Ante la evidente mora de la constructora en el cumplimiento de sus obligaciones, especialmente en el envío oportuno de la promesa debidamente ajustada a lo realmente pactado entre las partes, existe imposibilidad de constituir mora en contra de mis representados, pues el artículo 1609 del código civil establece que:

“ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. 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

Incumplimiento de Amarilo que se mantiene aún hasta la fecha de contestación de esta demanda, en consecuencia, no existe forma de constituir en mora a mis representados, mientras Amarilo no se allane a cumplir su obligación de enviar una minuta de promesa de compraventa ajustada a los verdaderos compromisos entre las partes.

Así las cosas, si no existe mora en cabeza de mis representados, tampoco se cumple uno de los requisitos para viabilizar un pago por consignación, pues es claro que, si mis representados no están legal o contractualmente obligados a recibir, mal puede el deudor generar dicha obligación.

Ahora bien, el texto de la promesa enviado por el fideicomitente constructor permite probar que la constructora decidió modificar unilateralmente el proyecto, eliminando el sistema de

distrito térmico ofrecido, lo cual implicó alterar el diseño del proyecto, especialmente en fachadas y áreas.

(Ver prueba No. 11 Promesa de compraventa y 2 anexos enviados por Amarilo, e, día 29 de septiembre de 2021)

También está acreditado que Amarilo modificó la distribución interna de los apartamentos para intentar cumplir las normas urbanísticas de Cartagena, en torno a las medidas mínimas de las habitaciones, eliminando una de ellas y convirtiendo el área residual en un estar, incumpliendo así el número de habitaciones que le había ofrecido a sus consumidores.

Así mismo, está acreditado que la constructora jamás informó a los consumidores de estos cambios, pero que estos solo pudieron percatarse de estas modificaciones abusivas y arbitrarias con la llegada extemporánea de las promesas de compraventa.

Por último, está acreditado que ante las reclamaciones de los consumidores que evidenciaron estos incumplimientos y cambios unilaterales, la constructora decidió desistir unilateralmente del negocio sin pagar las indemnizaciones del caso, y vender a terceros los inmuebles separados.

Cómo se desprende de todas estas circunstancias, la fideicomitente constructora ha incumplido de manera sistemática y reiterada los múltiples compromisos contractuales frente a sus consumidores, defraudando la confianza que ellos depositaron en el proyecto.

Contrario a lo establecido en esta norma, pretende la fideicomitente constructora eliminar la facultad de la parte cumplida para elegir entre la ejecución forzosa o la resolución del contrato, y en cualquier caso, abstenerse de pagar la indemnización de perjuicios respectiva; en su lugar, busca imponerle nuevamente sus decisiones unilaterales, agravando mucho más los perjuicios que ya le ha ocasionado con su incumplimiento.

Tal y como se desprende del artículo 1546 del Código Civil, son mis representados, quienes tienen la facultad de decidir el camino que más le conviene para resarcir o mitigar el perjuicio que ha sufrido con el incumplimiento de la fideicomitente Constructora; así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“Frente a los contratos bilaterales, es decir, aquellos en los que las partes se obligan recíprocamente (art. 1496 ib.), el canon 1546 del Código Civil prevé que en ellos va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, lo que habilita al otro para pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios, y, en sentido similar, la Ley mercantil en su artículo 870, dispone que “[e]n los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”

De manera que, no le corresponde al demandante incoar esta acción toda vez que la fideicomitente constructora y la fiduciaria son quienes se han separado de sus obligaciones contractuales; además, la legitimación para promover acciones dirigidas a la resolución del contrato solo radica en quien ostenta la calidad de contratante diligente que honró sus compromisos negociales

Al revisar la propuesta de pago contenida en la presente demanda, se evidencia que la fideicomitente constructora y la fiduciaria no incluyeron los perjuicios ocasionados a mis representados con la ruptura unilateral que están provocando; por tanto, cualquier pago por consignación que pretendan adelantar, debe incluir el factor indemnizatorio derivado del incumplimiento contractual en el que han incurrido.

En consecuencia, permitir que las deudoras omitan el pago de la indemnización de perjuicios contemplada en el artículo 1546 del Código Civil, resulta vulneratorio de los derechos de mis representados como parte cumplida dentro del contrato, pero sobre todo genera inviabilidad del pago por consignación, dado que lo ofrecido no corresponde a lo legalmente debido.

Tanto la fiduciaria como la fideicomitente constructora conocen la tasación de perjuicios derivados de esta ruptura contractual, pues tal y como se expuso en los hechos de la demanda y en la excepción previa que se adjunta de esta contestación, se encuentra en curos ante la Delegatura de protección al consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, un proceso entre las mismas partes y por los mismos hechos.

En dicho proceso se pone de presente ante la autoridad respectiva el engaño del que fueron víctimas los consumidores de la constructora, la violación a su deber de información, y se exige el pago de la correspondiente indemnización, que para el caso particular de mis representados corresponde a la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$185.131.897,00).

Es pertinente informar al despacho que este proceso ha sido notificado personalmente tanto a la fiduciaria y a la fideicomitente constructora el día el día 31 de octubre de 2022, por lo tanto, conocen el monto de los perjuicios ocasionados y reclamados por los consumidores.

A pesar de ello, prefirieron presentar recursos dilatorios ante al SIC, para demorar el proceso, al punto que después de transcurrido más de un (1) año desde la radicación de las demandas, no se ha corrido traslado a la fiduciaria y a la fideicomitente constructora para la contestación de la demanda, tal y como se comprueba con la revisión del proceso a través del siguiente link:

<https://serviciospub.sic.gov.co/Sic2/Tramites/Radicacion/Radicacion/Consultas/ConsultaRadicacion.php> ingresando en radicación Año: 2022 - Número: **417065**

Vale la pena mencionar que tanto la fiduciaria como la fideicomitente constructora contrataron al abogado Jairo Rubio, ex Superintendente de Industria y Comercio, para que los representara en dichos procesos; el Dr. Rubio ha sido cuestionado recientemente en los medios de comunicación por el manejo que ha dado a los casos de algunos de sus clientes, al interior de la superintendencia, tal y como se puede observar en los siguientes links de los medios de comunicación:

- <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/jairo-rubio-no-he-sido-abogado-de-euclides-torres-ni-tengo-poder-en-la-sic-814421>
- <https://www.wradio.com.co/2023/10/10/presidente-de-la-dimayor-sobre-reunion-con-abogado-rubio-no-le-quita-autonomia-a-la-sic/>
- <https://www.wradio.com.co/2023/10/10/la-carta-de-la-dimayor-a-superindustria-rechazando-haber-pedido-su-cabeza/>

Así las cosas, la demandante no tendría que haber iniciado un proceso de pago por consignación si en realidad le interesara resarcir el daño a sus consumidores, le hubiera bastado con acudir a la jurisdicción especializada de la Superintendencia de Industria y Comercio y contestar la demanda por publicidad engañosa que se encuentra radicada ante dicha autoridad, ofreciendo el pago que ahora pretende por esta vía.

Sin embargo, prefirió utilizar de manera fraudulenta este camino procesal, con el único fin de intentar eximirse de su responsabilidad de indemnizar a mis representados con ocasión de sus incumplimientos y defraudar los derechos de los consumidores a pesar de los engaños a los que han sido sometidos desde el año 2018, cuando iniciaron la promoción del proyecto con una publicidad engañosa.

Para ello ha intentado al interior de este proceso, hacer incurrir en error al despacho proponiendo la existencia de un presunto incumplimiento de mis representados, que como se acredita con la documental allegada, en realidad nunca existió.

La demandante y la constructora saben que en el proceso que cursa ante la SIC se solicita el reconocimiento de una indemnización de perjuicios. Por ello, pretenden a través de esta vía, la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos fiduciarios, sin pagar las indemnizaciones que se discuten ante la Superintendencia.

Por ello, ha sido necesario interponer una excepción previa de pleito pendiente, para garantizar el derecho que tienen los consumidores a discutir jurisdiccionalmente la procedencia de una indemnización por publicidad engañosa e incumplimiento contractual, pero especialmente para impedir que la demandante y la constructora obtengan un paz y salvo de sus obligaciones aun a pesar de sus incumplimientos.

Dado que se han probado los incumplimientos reiterados no solamente de la fideicomitente constructora, sino de la fiduciaria, es improcedente de un pago por consignación en la medida en que la decisión sobre la forma de extinguir las obligaciones recae en la parte

cumplida, es decir, en mis representados, tal y como la faculta el artículo 1546 del Código Civil.

4.3. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA EN FAVOR DE LOS CONSUMIDORES – EL PAGO POR CONSIGNACION CONSTITUYE VIOLACION A SUS DEBERES FIDUCIARIOS

Lo que se evidencia del caso propuesto y de los antecedentes contemplados en la demanda, es que la fiduciaria está obrando en favor del fideicomitente constructor, olvidando las obligaciones legales que el derecho de consumo y su calidad de entidad financiera le imponen en favor de todos los encargantes individuales que separaron inmuebles en el proyecto inmobiliario.

Olvida la fiduciaria que tiene una obligación legal y contractual de garantizar los derechos de aquellos consumidores que quieren adquirir un inmueble sobre planos el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones del fideicomitente constructor; pues su papel es mitigar o anular todos los riesgos derivados de la construcción de un proyecto inmobiliario.

También omite la fiduciaria su obligación de garantizar que a lo largo de la construcción del proyecto se cumplan con los compromisos y obligaciones legales que tiene el fideicomitente constructor, a fin de no defraudar a los beneficiarios de área, dado que, el origen y núcleo fundamental de la fiducia no es otro que la Confianza –*Trust*– de los consumidores interesados en adquirir unidades e inmobiliarias dentro de dicho proyecto. (beneficiarios)

En este punto de la discusión, es oportuno recordar que estas obligaciones están contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera, y en el Código de Comercio.

En efecto, la CIRCULAR BASICA JURIDICA, contempla las siguientes obligaciones en cabeza de las fiduciarias:

2.2. Previsiones generales

(...)

2.2.1.2.4. *Deber de lealtad y buena fe. La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, **suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses**, por incurrir en situaciones de conflicto de interés.*

(...)

2.2.1.3. ***Debe evitarse consignar cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original** o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno vr. gr. los pactos de no responsabilidad en obligaciones propias de un determinado negocio en los cuales es precisamente la responsabilidad de la sociedad fiduciaria la razón de ser de su celebración.*

(...)

2.2.1.6. *Debe evitarse consignar cláusulas en donde la sociedad fiduciaria se exima de responsabilidades que la ley le otorga de conformidad con los deberes atrás mencionados.*

Por su parte, las obligaciones de las fiduciarias en proyectos inmobiliarios han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, extendiendo su responsabilidad inclusive a su propio patrimonio, cuando olvidan actuar con la lealtad, buena fe y diligencia que les impone la ley:

14) *El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también*

es quien se beneficia de sus utilidades. Sin embargo, aun cuando excepcional, **la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes:**

SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.

Esta constituye una postura reiterada de nuestra Jurisprudencia, que en otras oportunidades ha manifestado que:

15) Sin embargo, aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromet[e] 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»:

SC 31 may. 2006, exp. 0293.

16) Conforme a una difundida opinión jurisprudencial, **la responsabilidad profesional “es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro”, impregnándose no solo de la “aplicación de los principios técnicos y científicos” exigibles, sino de “normas protectoras del individuo y de la sociedad”, que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión** (cas civ. sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177); por regla general, la responsabilidad contractual del profesional, está referida a las obligaciones de medios, resultado, garantía y seguridad (...) y al conjunto de reglas o directrices explícitas e implícitas que regulan el ejercicio de las profesiones, incluidos los deberes o compromisos derivados de la *lex artis*, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, fides, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes (...):

SC-2009, 1º jul., exp. 2000-00310-01.

Recientemente en Sentencia SC-3978-2022, la Corte Suprema de Justicia reiteró el deber de información en cabeza de las sociedades fiduciarias que administran negocios para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, reiterando su obligación de velar por los intereses de los encargantes, en efecto, esto dijo la Corte:

“En la etapa precontractual, conforme lo precisa la doctrina, «las partes que todavía no son deudor y acreedor, pero que están en el camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses» por lo que se debe hablar claro, esto es, **poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte**»²¹, ya que póngase de presente que en el contrato **existe una asimetría entre la información que tienen quienes hacen parte del contrato de fiducia y de quienes se van a vincular a título oneroso**

Durante el desarrollo del contrato la obligación de información de la fiduciaria como profesional implica el deber de informar sobre los riesgos, así como de los demás aspectos inherentes al negocio celebrado”

Es importante precisar que la fiduciaria autorizó la inclusión de su nombre y signos distintivos dentro de la publicidad ofrecida por el fideicomitente constructor, donde se determinaban con claridad las características de estos inmuebles.

Características que eran conocidas por la fiduciaria y que luego fueron publicitadas a los consumidores para convertirse en los elementos esenciales para la celebración de los contratos de separación de los inmuebles. Así que le correspondía a la fiduciaria honrar esos compromisos que ella misma había publicitado y supervisar que la constructora o el fideicomitente constructor no violará esos compromisos con sus consumidores.

Como se observa, la fiduciaria desatendió este deber de información en favor de los beneficiarios o encargantes, pues nunca avisó de las modificaciones que de manera unilateral el fideicomitente constructor estaba incluyendo en el proyecto y que implicaban incumplimiento a los ofrecimientos que tanto la fiduciaria como el fideicomitente constructor habían publicitado ampliamente.

Más grave aún resulta que la fiduciaria, una vez fue informada por los encargantes sobre las modificaciones sustanciales que el fideicomitente constructor había incorporado de forma unilateral al proyecto, decidió guardar silencio, sin adelantar la más mínima gestión de auditoría sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Fideicomitente constructor.

Con lo cual no solamente violó el deber de información establecido en la ley, sino que adicionalmente violó el deber de debida diligencia definido por la Corte Suprema de Justicia, así:

A su turno por diligencia profesional se puede entender el «nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del empresario o profesional en el desarrollo de su actividad y, en particular, en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe»

Evidentemente, la fiduciaria vulneró los derechos de los consumidores al defraudar la confianza puesta en ella, y al tolerar las maniobras maliciosas del fideicomitente constructor para incumplir sus compromisos, y luego evadir las indemnizaciones de los perjuicios causados a los consumidores.

En efecto, los consumidores fueron engañados con piezas publicitarias provenientes conjuntamente del fideicomitente constructor como de la fiduciaria, que informaban de atributos que el proyecto en realidad jamás iba a tener.

Por tanto, era deber de la fiduciaria velar por una publicidad acorde a las licencias y permisos concedidos al proyecto, y también informar a los consumidores sobre las discrepancias entre esos ofrecimientos y lo realmente desarrollado por el fideicomitente constructor, porque tal y como lo expresó la Corte Suprema de Justicia, esta asimetría de información vicia el consentimiento de los consumidores:

*“En la etapa precontractual, conforme lo precisa la doctrina, «las partes que todavía no son deudor y acreedor, pero que están en el camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses» por lo que se debe hablar claro, esto es, **poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte**»²¹, ya que póngase de presente que en el contrato **existe una asimetría entre la información que tienen quienes hacen parte del contrato de fiducia y de quienes se van a vincular a título oneroso***

*Durante el desarrollo del contrato la obligación de información de la fiduciaria como profesional **implica el deber de informar sobre los riesgos, así como de los demás aspectos inherentes al negocio celebrado**”*

Sin embargo, la fiduciaria incumplió esa obligación, de forma que debe responder, hasta por culpa leve frente a los beneficiarios de área, tal y como lo estableció la Corte Suprema de Justicia:

*(...), 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.
(CSJ. SC 5430-2021).*

A lo largo de la relación de hechos propuestos por la fiduciaria, por ninguna parte menciona

las actuaciones que realizó para proteger los derechos de los consumidores inmobiliarios. Por el contrario, una vez notificada de los incumplimientos de la constructora, no adelantó ninguna gestión para exigirle al fideicomitente constructor cumplir sus compromisos.

En consonancia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que las fiduciarias en su condición profesional de agenciamiento de negocios ajenos asuman con especial esmero el primer deber indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” así:

“En ese orden, 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.”
(CSJ. SC 5430-2021)

Es más, decidió avalar tales incumplimientos al autorizar el desistimiento unilateral por parte del constructor, sin exigirle el pago de la sanción contemplada en el capítulo sexto del contrato de encargo fiduciario, especialmente aquella relacionada con la necesidad de consignar el diez por ciento (10%) del valor cada inmueble, para desistir unilateralmente del contrato.

Mucho menos analizó las actuaciones y los requerimientos del fideicomitente constructor para determinar si los mismos se ajustaban a las estipulaciones contractuales y al marco legal regulatorio aplicable al caso, ni cuestionó los cambios que la fideicomitente constructora había realizado el proyecto, aun cuando ambos fueron responsables de la publicidad que conocieron los consumidores.

Tal y como se desprende del hecho 17 de la demanda, decidió obrar en favor del fideicomitente constructor, omitiendo las obligaciones que le asisten frente a quienes no hacen parte de ese negocio de fiducia mercantil, vulnerando así también su deber de obrar con lealtad y buena fe frente a los beneficiarios de área.

El derecho de consumo ofrece un marco regulatorio proteccionista en favor de los consumidores, con ocasión a la asimetría de información que experimentan frente a los proveedores y que los ubica en una posición vulnerable que los convierta en víctimas de cláusulas abusivas, comportamientos violatorios de sus derechos o del incumplimiento de los compromisos acordados con los proveedores de bienes o servicios.

En ese orden de ideas, existen dos marcos regulatorios que obligan a las fiduciarias a proteger a los consumidores. El primero, las normas especiales que regulan el contrato de fiducia como actividad del sector financiero, las cuales se han expuesto a lo largo de este escrito; y el segundo, el Estatuto del consumidor y todas las normas regulatorias de la relación de consumo.

Vale la pena establecer la naturaleza prevalente de las normas del derecho de consumo:

“El derecho del consumo es por regla general de orden público, lo que implica que sus normas “no pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares (...) no cumpliría su finalidad si su aplicación dependiera de la mera voluntad de los ciudadanos”

El régimen de protección al consumidor reconoce la debilidad manifiesta de este frente a los proveedores, razón por la cual les impone a estos últimos un deber de información, lo suficientemente amplio para eliminar o mitigar las consecuencias negativas de la asimetría de la información y garantizar la formación adecuada del consentimiento libre de vicios.

En tal sentido, se invierte la carga de la prueba en cabeza de los empresarios, quienes deben acreditar su diligencia en el cumplimiento de este deber y en la probidad y lealtad con la cual actúan en el mercado, así lo establece la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio:

“Más allá de los principios que inspiraban las normas clásicas en materia contractual, se han impuesto responsabilidades mayores para quienes actúan de manera activa en el comercio. Probidad, lealtad mayúsculas, en procura no solamente de evitar la información engañosa, “el dolus malus” del que hablaban los romanos, sino de suministrar una información integral, una información que abarque todos los elementos que el consumidor debe conocer a efectos de adoptar una decisión razonable en la adquisición de bienes o servicios, donde aparecen aspectos, antes no exigidos, como los relacionados con las garantías, el servicio pos-venta, etc., elementos éstos que inciden o pueden incidir en su decisión de compra”

La fiduciaria tuvo conocimiento de la eliminación del distrito térmico, de forma que pudo constatar que el desarrollo del proyecto no se estaba llevando a cabo conforme a lo que se había anunciado inicialmente los consumidores. También conoció de los cambios de distribución interna de los apartamentos, impuestos unilateralmente por la fideicomitente constructora.

Contrario a lo que obliga a su deber legal de información, omitió comunicar estas circunstancias a los beneficiarios de área, de forma que dichos cambios solo fueron conocidos cuando los consumidores lograron detectarlos en el texto de las minutas promesa de venta, que también eran conocidas por la fiduciaria.

En ese orden de ideas, si pudieron los consumidores detectar estas modificaciones, que no son expertos en asuntos inmobiliarios, con mucha mayor rapidez y claridad debió detectarlo la fiduciaria al evidenciar que las descripciones de inmuebles del proyecto que se estaba entregando no correspondían a lo que se había ofrecidos conjuntamente entre la fiduciaria y la constructora durante la promoción del proyecto.

Lo cierto es que mis representados resultaron perjudicados por las acciones abusivas del fideicomitente constructor, quien estableció un alto precio por el inmueble debido a sus características e innovaciones, luego decidió eliminar dichas características y aun así mantener el precio del inmueble.

Finalmente, pretendió obligar a mis representados a suscribir una promesa que no correspondía a lo inicialmente acordado, bajo la condición de renunciar a la indemnización de perjuicios que le corresponde a mis representados, bajo la amenaza de vender el inmueble separado, a terceros interesados.

Todo esto con la aquiescencia de la Fiduciaria, quien no solo se abstuvo de adelantar diligencia alguna en favor de los consumidores, sino que acató las instrucciones de su fideicomitente constructor, para intentar extinguir por esta vía las responsabilidades que la ley y el contrato le imponen por haber incumplido a sus consumidores. Razón por la cual la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la Fiduciaria tiene:

“(…) responsabilidad por actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, entre otras hipótesis, en las cuales es responsable con su patrimonio “directamente” por situaciones en que se le sindique de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo, en detrimento de los bienes fideicomitados que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo”¹

Una vez ilustrado el incumplimiento de la fiduciaria como de la fideicomitente constructora, así como la carga de indemnizar a mis representados, puede concluirse que sus

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 1909 del 03 de agosto de 2005

obligaciones no se extinguen con la devolución de los recursos y los rendimientos aportados al Fideicomiso Palladio – Serena del mar – Fidubogotá, por el contrario, sus actuaciones e incumplimientos han originado la obligación de indemnizar a mis representados

Es importante mencionar que tanto la mora como el incumplimiento alteran las obligaciones a cargo de la parte incumplida, de forma que no le es posible al deudor moroso o incumplido pretender extinguir sus obligaciones, allanándose únicamente al pago de la obligación, tal y como se había contemplado antes de la ocurrencia de la mora o el incumplimiento.

Una vez el deudor incurre en mora o en incumplimiento, las obligaciones a su cargo se agravan, no solo por las estipulaciones contractuales que así lo hayan determinado, sino en virtud de la ley, que concede al acreedor cumplido el derecho a exigir la respectiva indemnización de perjuicios.

En tal sentido, el deudor moroso o incumplido no solo debe la obligación contractual, ahora también es deudor de la indemnización de perjuicios, y por tanto, si pretende un pago por consignación, debe incluir en su oferta, el valor de los perjuicios derivados de su mora o de su incumplimiento.

Lo debido a mis representados no es la devolución de sus aportes y sus rendimientos, en la medida que la deuda se ha acrecentado con la indemnización de perjuicios que le corresponde con ocasión de la mora y el incumplimiento, sin olvidar que la ley le otorga la facultad de exigir el cumplimiento forzoso del contrato o resolverlo, tal y como lo establece el artículo 1546 del Código Civil.

Puede concluirse entonces que la cosa debida no corresponde a la estipulación contractual inicial, ni puede ser definida unilateralmente por el deudor moroso o incumplido, sino que debe abarcar adicional a lo acordado por las partes, el resarcimiento del daño o perjuicio causado.

Por ello es necesario concluir que el pago por consignación propuesto por la fiducia no corresponde a lo realmente debido, en la medida en que la obligación se ha agravado con ocasión de su mora y del incumplimiento a sus deberes legales y contractuales, de forma que no cumple con uno de los requisitos contemplado en el artículo 1658 del Código Civil que establece que el pago debe versar sobre lo realmente debido.

Así las cosas, ruego al Despacho desestimar la solicitud de pago por consignación propuesta por el demandante, en la medida en que lo ofrecido no responde a lo realmente adeudado.

4.4. ABUSO DEL DERECHO – INEFICACIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS

A lo largo de la demanda Fiduciaria Bogotá presenta argumentos con los cuales pretende establecer un presunto desistimiento por parte de mi representada, basado en la supuesta omisión de la suscripción de la promesa de compraventa enviada por el fideicomitente.

Establece además que la promesa le fue enviada el día 29 de septiembre de 2021, y que sin razón alguna la demandada se ha abstenido de firmar el documento, dando lugar a la configuración de la causal de desistimiento contemplada en el capítulo VI “Pena por Retiro” cláusula sexta (6), numeral 6.1.1 del contrato de encargo de administración e inversión.

Así las cosas, pretende establecer que nunca surgió el derecho para mis representados de adquirir la propiedad de los inmuebles separados, esto es, el apartamento No. 3-401, el depósito 198 y el parqueadero 538.

Que, ante el supuesto incumplimiento de mis representados, se ha generado inclusive una sanción contractual en su contra, que le permite al fideicomitente retener a su favor los rendimientos del dinero aportado por la encargante

Finalmente argumenta con base en lo estipulado en la carta de separación el inmueble y la carta de instrucciones, que no existe ninguna relación jurídica entre el fideicomitente y la

encargante hasta antes de la suscripción de la respectiva promesa de compraventa.

Así las cosas, conviene exponer a continuación como todos estos argumentos constituyen un abuso del derecho, por parte de la demandante y del fideicomitente, quienes redactaron los términos de los documentos firmados por mis representados, sin darle la oportunidad de discutir o modificar las condiciones allí establecidas.

En primer lugar, nos referiremos al clausulado del contrato de encargo fiduciario de administración e inversión, así como al clausulado del contrato de Fiducia mercantil, estableciendo en primer lugar que las condiciones contractuales establecidas en dichos contratos fueron redactadas entre la Fiduciaria Bogotá y el fideicomitente constructor.

El estatuto del consumidor en el numeral cuarto del artículo quinto señala “Contrato de adhesión:

“(…)aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”

Por su parte, la Ley 1328 de 2009 aplicable a las fiduciarias, define los contratos de adhesión como los “*elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas abusivas y condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad*”

La Ley 1480 de 2011, en los artículos 37 al 41 regula los contratos de adhesión contemplando la prohibición de incluir cláusulas que permitan abusar del contratante adherido, como, por ejemplo, que permitan al productor o proveedor modificar unilateralmente el contrato o evadir obligaciones. Así mismo establece la ineficacia del contrato o de las cláusulas específicas por la inobservancia de dicha regulación.

El estatuto del consumidor define las cláusulas abusivas, así:

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.*

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.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia define que las cláusulas abusivas se presentan en los contratos de adhesión, cuando se vulnera el principio de la buena fe y se genera un desequilibrio significativo de cara a los hechos y obligaciones que contraen las partes.

Para el caso que nos ocupa, la fideicomitente constructora incurrió en todas y cada una de las conductas reseñadas por la Corte como configurativas del abuso del derecho, puesto que incluyó cláusulas contractuales que le permiten apropiarse de los rendimientos de los recursos de los aportantes, y eximirse injustificadamente de sus obligaciones.

Asimismo, hace interpretaciones descontextualizadas de las cláusulas contractuales para generar un beneficio ilegítimo a su favor, como por ejemplo cuando pretende establecer la mora de mi representada en la firma de la escritura pública, omitiendo su propia mora en el envío de la misma.

Igualmente, cuando pretende omitir la falta de congruencia entre las características relacionadas en la promesa de compraventa y las condiciones ofrecidas a mi representada desde la separación del inmueble.

Nuevamente intenta descontextualizar las cláusulas contractuales cuando pretende establecer que tiene la facultad de retener para su beneficio los rendimientos de los recursos aportados por mi poderdante al encargo individual de administración e inversión,

En la medida en que no se ha suscrito la respectiva promesa de compraventa que el mismo omitido enviar.

De la misma manera incurre en abuso del derecho cuando omite dar aplicación a los numerales 6.1 y siguientes que establecen las sanciones en contra del fideicomitente constructor cuando decide terminar unilateralmente el negocio.

Finalmente incurre en abuso del derecho al tratar de evadir la existencia de una relación de consumo y en su lugar pretende establecer que no existe ninguna relación jurídica entre las partes derivada de la falta de firma de una promesa de compraventa entre ellas.

Como se observa tanto la interpretación de la fiduciaria como del Fideicomitente constructor van encaminadas a eximirse de la responsabilidad que les corresponde, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, y habilitando la supuesta viabilidad de un pago por consignación a su favor.

Con ello, vulneran las disposiciones del Estatuto del Consumidor, en especial aquella que obliga a interpretar los contratos en favor del consumidor, así:

Artículo 34. *Interpretación favorable. Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.*

Atendiendo las instrucciones del fideicomitente constructor, la fiduciaria, teniendo la posibilidad y el deber legal de defender el derecho de los consumidores, decide en su lugar demandar a los consumidores para obligarles a recibir algo diferente a lo adeudado y eximirse del pago de las indemnizaciones derivadas de su incumplimiento.

En efecto, la jurisprudencia ha explicado los límites al ejercicio de la terminación unilateral del contrato por parte de la contratante, que de ser traspasados constituyen una vulneración al principio de buena fe y un abuso del derecho, tal y como lo expone la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

"A esta directriz, se sujetan las prerrogativas ad nutum, ad libitum o a arbitrio, en cuyo ejercicio el titular no es ajeno 'al Inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (arts. 96, 1 C.P, y 830 C.Co), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de l condigna indemnización de los perjuicios irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero o a la simple volición' (Cas. Civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).

En consecuencia, todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, el ejercicio del derecho potestativo, incluso discrecional, se rigen por los principios de la buena fe, evitación de abuso del derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y al abuso del derecho, constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades"

La consecuencia del abuso del derecho está contemplada en el artículo 830 del Código de Comercio, que establece lo siguiente:

"El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

En consecuencia, la fiduciaria debe responder por los daños y perjuicios ocasionados a mis representados derivados de la ruptura unilateral de la relación contractual que le fuera ordenada por la firma de fideicomitente constructora, mediante la interpretación abusiva y descontextualizada de las estipulaciones contractuales.

Asimismo, resulta improcedente un pago por consignación cuando la viabilidad del mismo ha surgido como consecuencia de una interpretación descontextualizada y unilateral de las cláusulas contractuales.

Situación que puede ser corregida por el juez, impidiendo el pago por consignación en la medida en que no se reúnen los supuestos fácticos y jurídicos establecidos en el contrato

y en la ley para el efecto.

4.5. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

El enriquecimiento sin causa se configura en todos aquellos eventos en los que se acrecienta el patrimonio de una persona, a expensas del detrimento del patrimonio de otra persona, sin que medie para este desplazamiento patrimonial una causa jurídica o justificación alguna.

Así las cosas, la configuración del enriquecimiento sin causa presupone la existencia de dos patrimonios diferentes, uno que se debe empobrecer y otro que se enriquece a costa de dicho empobrecimiento.

El artículo 95 de la Constitución Política de Colombia en su primer numeral, establece *“respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”*, en virtud del cual se puede apoyar el principio de enriquecimiento injustificado.

A su vez, el enriquecimiento sin causa se fundamenta igualmente en el artículo 831 del C. de Comercio, que preceptúa:

“nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

Sin embargo, el desarrollo de éste ha sido doctrinario y jurisprudencial, apoyándose en normas constitucionales para darle soporte y exigibilidad a la misma. En punto de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa, la Corte Suprema de Justicia¹, en sentencia reciente, señaló:

“Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

“1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.”

“2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento (...).”

“3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.”

“4º Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos. (...)

“5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

Así las cosas, el enriquecimiento sin causa por parte de una entidad contratante se produce cuando esta se beneficia injustamente, obteniendo ventajas económicas o materiales a expensas del contratista, sin que exista una causa legal o contractual que justifique dicho enriquecimiento.

Es claro que el proyecto se construyó en parte con financiación que ofrecieron los encargantes, cuyos recursos fueron utilizados sin reportar mayor beneficio a los titulares por más de cuatro (4) años y que, de hecho, a la fecha no se han devuelto a sus aportantes.

Tal y como se acreditó en los hechos, el proyecto salió a ventas en el año 2018 y mi representada separó el inmueble en el año 2019. Es decir, que han transcurrido cuatro (4) años sin que mis representados hayan recibido beneficio alguno de los recursos que pagó juiciosamente, de acuerdo con el plan de pagos acordado con el fideicomitente constructor.

El objetivo del aporte de esos recursos era obtener un inmueble con unas características

anunciadas por el fideicomitente constructor conjuntamente con la fiduciaria demandante; sin embargo, solo a la fecha de entrega extemporánea de la minuta de promesa de compraventa pudo mi representada darse cuenta de que el producto ofrecido no cumplía las calidades acordadas al momento de la separación.

El precio del apartamento separado estaba justificado precisamente en esas condiciones innovadoras y de diseño arquitectónico que se ofrecían tanto en la fachada como en la distribución interna de los apartamentos. Sin embargo, ni la fiduciaria ni el fideicomitente constructor ofrecieron ajustar el valor de los apartamentos a las nuevas características. Es decir, que pretenden mantener el valor de los inmuebles aun cuando han disminuido la calidad de los apartamentos.

Lo cierto es que se pactó un valor por un apartamento con unas características, pero se pretende entregar otro con características mucho menores sin que ni la fiduciaria ni el fideicomitente constructor pretenden reconocer la diferencia en precio derivada de dicho incumplimiento.

Así las cosas, es evidente que si mis representados optaran por la ejecución forzosa del contrato tendría que recibir un apartamento que no tienen las características ofrecidas por el Constructor, Perdiendo el sobreprecio que pagó por las mismas.

Ahora bien, si mis representados optaran por la resolución del contrato, es evidente que con la devolución de los recursos invertidos en este proyecto no logrará comprar Un apartamento de las calidades que hubiera podido comprar hace 4 años, cuando se celebró la separación del inmueble.

En ese orden de ideas, es claro que la indemnización de perjuicios reclamada se encamina a obtener un ajuste en el valor del inmueble a sus verdaderas condiciones. O en el evento en que no sea posible la adquisición de dicho inmueble, la indemnización se encaminará a que se reconozca el costo de oportunidad que se genera para poder comprar un apartamento con las condiciones inicialmente requeridas.

Lo anterior justificado en el hecho de que mis representados no tienen por qué soportar este empobrecimiento, mientras que la demandante y el fideicomitente constructor experimentan un correlativo enriquecimiento en sus patrimonios, al ser eximidos de cumplir con las características del inmueble por las cuales pagaron mis representados.

Es por ello que aceptar el pago por consignación en los términos planteados por la fiduciaria constituye un enriquecimiento sin causa del fideicomitente constructor, quien decide vender productos a un precio, pero luego disminuye su calidad para quedarse con el diferencial de manera ilegítima.

A su vez, se genera un empobrecimiento de mis representados al no recibir las características por las cuales ya pagó, sin mencionar la afectación de su derecho a discutir y obtener la indemnización de perjuicios derivada de la mora y el incumplimiento de las demandantes.

En el presente caso, se constata que la entidad contratante incurrió en enriquecimiento sin causa al exigir al encargante el cumplimiento estricto de los pagos acordados, pero luego pretende omitir las responsabilidades que se derivan de su calidad de fiduciario.

Al eximirse de sus obligaciones derivadas de la suscripción del contrato de encargo individual y del fideicomiso comercial, la fiduciaria obtuvo un enriquecimiento injusto a expensas de la encargante; esto se evidencia claramente en el hecho de que la encargante cumplió con todas sus obligaciones, todo ello sin recibir una compensación equitativa por parte de la entidad fiduciaria.

En resumen, la entidad contratante ha incurrido en enriquecimiento sin causa al exigir condiciones por fuera de lo establecido en el contrato, generando un beneficio indebido a su favor. Esta conducta constituye un abuso de poder y autoridad, y contraviene los principios de equidad y buena fe que deben regir en las relaciones contractuales.

Sin embargo, en total desatención a los principios de equidad, reciprocidad y buena fe, que deben regir las relaciones contractuales, Fiduciaria Bogotá no solo no cumplió con el objeto del encargo individual de administración e inversión, sino que a la fecha pretende no reconocerle la calidad de beneficiarios de área a mis representados, y devolver a su antojo, lo que considera procede para terminar unilateralmente el contrato.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se establecen como fundamentos de derecho todas las normas citadas a lo largo de este documento, y en especial aquellas que conforman el régimen de protección del consumidor, tanto del sector real como del sector financiero, y en especial, el Código Civil Código de Comercio, Código General del Proceso, la ley 1480 e 2011, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1555 de 2012 y la Ley 1607 de 2012 que, entre otras disposiciones, señalan como derechos de los consumidores financieros:

“recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas. Tener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado. Exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las entidades vigiladas. Recibir una adecuada educación respecto de las diferentes formas de instrumentar los productos y servicios ofrecidos, sus derechos y obligaciones, así como los costos que se generan sobre los mismos, los mercados y tipo de actividad que desarrollan las entidades vigiladas, así como sobre los diversos mecanismos de protección establecidos para la defensa de sus derechos. Presentar de manera respetuosa consultas, peticiones, solicitudes, quejas o reclamos ante la entidad vigilada, el defensor del consumidor financiero, la Superintendencia Financiera de Colombia y los organismos de autorregulación”

6. PRUEBAS

6.1. interrogatorio de parte

Solicito citar:

- Al representante legal del encargo fiduciario de administración e inversión No. 23-761313.
- Al representante legal de la fiducia mercantil No. 21- 80484
- Al representante legal de la constructora Amarillo SAS, en calidad de fideicomitente dentro de los fideicomisos No. 23-761313 y No. 21- 80484.

6.2. Declaración de parte

Solicito al Despacho que, dentro de la etapa procesal correspondiente, se recepcione declaración de parte de los señores Fabio y Olga Molano Herrera, a fin de que ponga, acerca de las circunstancias de hecho en que se fundamentan las excepciones de mérito propuestas, así como la oposición a los hechos y pretensiones de la demanda.

6.3. Documentales

Solicito al Despacho tener como pruebas documentales de esta contestación las siguientes:

1. Publicidad redes sociales 2018 - 2022.
2. Vídeo publicitario YouTube”
3. Presentación del proyecto - incluye distrito térmico
4. Resolución 0264 de 2019 expedidas por la Curaduría urbana No. 2 de Cartagena de Indias.

5. Hilo de correos electrónicos de fecha 9 de noviembre de 2021 - observaciones a la minuta de compraventa.
6. Hilo de correos masivos iniciado el día 25 de noviembre de 2021 - se informa todos los compradores de los cambios en el proyecto
7. Hilo de correos electrónicos de fecha 4 de febrero de 2022- proyectos de Amarilo con DT
8. Comunicación de fecha 11 de octubre de 2022, remitida por mis representados a Fiduciaria Bogotá S.A.
9. Comunicación de fecha 11 de octubre de 2022, remitida por mis representados a Amarilo S.A.S
10. Correo electrónico de fecha 21 de septiembre de 2021
11. Promesa de compraventa y sus 2 anexos enviados por Amarilo, el día 21 de septiembre de 2022.

De igual manera manifiesto al despacho que las pruebas están cargadas en One Drive en el siguiente link: [Pruebas contestación 2023-689](#), toda vez que por la cantidad y el peso de las mismas es imposible allegarlas como archivos adjuntos en el correo.

6.4. Testimoniales

Solicito al Despacho ordenar y recibir los testimonios de las personas cuyos datos se relacionan a continuación, quienes puede ser citados por mi conducto:

1. Cesar Soto, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.473.187, quien puede ser citado en la siguiente dirección Carrera 6E No. 4-34 Torre 6 Apto 104 del municipio de Cajicá, teléfono 3114827443, o a través del canal digital de notificación: milansoto@gmail.com, o por mi conducto, quien tiene la calidad de encargante individual dentro del contrato de encargo de administración e inversión No. 23-761313, y, por tanto, podrá dar testimonio acerca de las condiciones en las que los mismos se celebraron y ejecutaron, las novedades que se presentaron y general, los hechos en los que se fundamentan las excepciones presentadas.
2. Nicolás Ruiz, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.019.015.433, quien puede ser citado en la siguiente dirección Transversal 52 No. 16-192 de la ciudad de Cartagena, Bolívar, teléfono 3163120190, o a través del canal digital de notificación: nicolas@gmail.com, o por mi conducto, quien tiene la calidad de encargante individual dentro del contrato de encargo de administración e inversión No. 23-761313, y, por tanto, podrá dar testimonio acerca de las condiciones en las que los mismos se celebraron y ejecutaron, las novedades que se presentaron y general, los hechos en los que se fundamentan las excepciones presentadas.

6.5. Prueba trasladada

En los mismos términos solicito se tengan como pruebas trasladadas las siguientes:

Demanda y anexos del proceso de protección al consumidor No. 2022-417065 promovido ante la Superintendencia de Industria y Comercio cuya demandante es mi representada, y las demandadas son la Fiduciaria Bogotá y la Constructora Amarilo SAS.

6.6. Oficios

Ruego al Despacho oficiar a la entidad demandante, Fiduciaria Bogotá, como vocera del fideicomiso de administración e inversión No. 23-761313 a fin de que allegue la información relacionada con el encargo de vinculación No. 21- 80484, del cual son encargantes mis representados, como quiera que las mismas se encuentran en su poder y no fueron íntegramente aportadas con la demanda; en especial, lo siguiente:

- Carpeta completa de documentación entregada para la vinculación de mis representados en calidad de encargante
- Compromiso de pago suscrito por mis representados
- Fecha de entrega de dineros por parte de mis representados
- Fecha de giro de recursos al FIDEICOMISO PALADIO – SERENA DEL MAR.
- Situación actual del fideicomiso de administración e inversión No. 23-761313.

- Así mismo ruego al Despacho oficial a la Constructora Amarilo SAS, con el fin de que informe el estado actual del Apartamento No. 3-401, el depósito 198 y el garaje 538 del proyecto Palladio Serena del Mar.
- Especialmente que informe si el mismo ha sido objeto de algún tipo de comercialización con persona diferente a Mis representados.

7. ANEXOS

1. Poder conferido para actuar.
2. Constancia de otorgamiento de poder.
3. Los documentos enunciados como pruebas.

8. NOTIFICACIONES

Para efecto de notificaciones, relaciono mis datos de contacto, así como los de mis representados:

Mis representados:

Fabio Molano Herrera: Dirección: Avenida 72 No. 152 B – 90 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: fabio2molano@hotmail.com

Olga Lucia Molano Herrera, Dirección: Calle 160 No. 73-47 Apartamento 201 Torre 2 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: olgalucia.molano.herrera@gmail.com.

Yo seré notificada en el KM 1.5 Vía Chía – Cajicá Nou Centro Empresarial Oficina 604, correo electrónico janneth.perez@perezcamberos.com.

Atentamente,



JANNETH PÉREZ CAMBEROS

C.C. No. 52.327.639.

T.P. No. 92.301 del C. S. de la J.

Señor
JUEZ PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
E. S. D.

Referencia: Referencia: Radicación No. 2023-00689
Clase de Acción: Pago por consignación
Demandante: FIDEICOMISO PALLADIO – SERENA DEL MAR –
FIDUBOGOTÁ
Demandado: FABIO MOLANO HERRERA Y OLGA LUCIA MOLANO
HERRERA
Asunto: Escrito de excepciones previas

JANNETH PEREZ CAMBEROS, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado especial de los demandados en el proceso de la referencia, dentro del término legal concedido para el efecto, me permito presentar escrito de excepciones previas en los siguientes términos:

1. OPORTUNIDAD DE LA FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

El primer inciso del artículo 101 del C.G.P. establece que las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan, acompañado de todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.

El artículo 100 del CGP establece la procedencia de las siguientes excepciones previas:

CAPÍTULO III

EXCEPCIONES PREVIAS

“Artículo 100. Excepciones previas. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto”

Por lo anterior, estando dentro del término de traslado de la demanda, procedemos a formular las excepciones previas denominadas:

- Pleito pendiente
- No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios
- Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales

- Ineptitud de la demanda por falta de requisitos de procedibilidad”, prevista en los numerales 8° del artículo 100 del Código General del Proceso

En los siguientes términos:

2. EXISTENCIA DE PLEITO PENDIENTE ENTRE LAS PARTES POR LOS MISMOS HECHOS

De acuerdo con lo establecido en el numeral 8° del artículo 100 del Código General del Proceso, constituye excepción previa la existencia de pleito pendiente entre las partes. Sobre esta figura la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

"La excepción previa de pleito pendiente es procedente cuando existe otro proceso judicial en curso que aborda la misma controversia entre las mismas partes y sobre la misma materia. Su objetivo es evitar la duplicidad de procesos y garantizar la eficiencia del sistema judicial".

En consecuencia, consideramos relevante informarle al Despacho que desde el día 20 de octubre de 2022, se radicó demanda en contra de FIDUCIARIA BOGOTA S.A. y la constructora AMARILO SAS, por publicidad engañosa, debido a que las demandadas incumplieron los ofrecimientos de su publicidad en torno a las características de los inmuebles ofrecidos en venta.

En efecto, la constructora Amarilo SAS y la Fiduciaria Bogotá S.A, ofrecieron apartamentos con un número determinado de habitaciones, aspecto que resulto esencial para los diferentes consumidores que decidieron vincularse al contrato de encargo fiduciario de administración e inversión, con el fin de adquirir uno de esos apartamentos.

Sin embargo, tanto la fiduciaria como la constructora decidieron incumplir gravemente los ofrecimientos realizados, aun sabiendo que las características del proyecto y de los apartamentos habían sido un elemento esencial para la decisión de inversión de los consumidores.

En efecto, decidieron eliminar una de las habitaciones a cada unidad, y en su lugar, la constructora ofreció un espacio de “estar”, cuyo tamaño impide que pueda ser usado como habitación pues su reducido tamaño no garantiza la adecuada ventilación para garantizar la salud de los habitantes del inmueble, de acuerdo con las normas urbanísticas aplicables en Cartagena.

Al cambiar el área de una habitación por un estar, también se abstenían de cumplir con la obligación de suministrar a este espacio una puerta, closet y demás aspectos que permiten su uso como habitación.

Lo cierto es que los consumidores nunca fueron advertidos previamente de este cambio, ni de otros que fueron solapadamente incluidos en la promesa, esperando que los consumidores no notaran las modificaciones unilaterales realizadas por la constructora y la fiduciaria.

Otro de esos cambios, constituyó en el incumplimiento del ofrecimiento en torno al

novedoso sistema de refrigeración ambiental, denominado “distrito térmico”, implementado con mucho éxito en proyectos residenciales, hoteleros y comerciales en la región.

Este sistema de distrito térmico ofrecido constituía una ventaja competitiva importante que llevó a los consumidores a escoger este proyecto, aun cuando su precio era mayor que el resto de la oferta del sector, pues el sistema de refrigeración ofrecido es menos contaminante que los sistemas tradicionales, además no depende del suministro de energía por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y genera un ahorro de consumo de energía superior al 50% frente a los demás sistemas de refrigeración ambiental.

Sin embargo, la constructora y la fiduciaria tampoco cumplieron con este compromiso, y prefirieron modificar los diseños de los apartamentos, las fachadas y otros dotacionales, sin advertir previamente de tales cambios a sus consumidores, y luego pretendieron incluir esas modificaciones en las promesas de compraventa, esperando que los compradores no lo notaran ni reclamaran por ello.

Estas circunstancias dieron lugar a múltiples reclamaciones tendientes a solicitar el cumplimiento de los ofrecimientos iniciales, que habían dado lugar a la vinculación de los consumidores al proyecto en calidad de encargantes, o el reajuste del precio del inmueble a lo verdaderamente entregado.

Dada la vinculatoriedad de los ofrecimientos contemplados en la publicidad del proyecto, se solicitó a la SIC, a través de demanda por publicidad engañosa, que se obligara a la constructora y a la fiduciaria a cumplir con los ofrecimientos, o en caso contrario, a indemnizar por los perjuicios causados con sus actuaciones contrarias a las normas de protección del consumidor, y las normas que regulan sus obligaciones como enajenantes de inmuebles vendidos durante su etapa de construcción.

La demanda presentada fue notificada el día 25 de noviembre de 2022, hace más de un año, tanto a la demandante como a la constructora Amarillo SAS, sin que a la fecha la demandante haya contestado dicha demanda, ni haya ofrecido al interior de dicho proceso, el pago que hoy pretende por esta vía.

Es importante precisar que todas estas actuaciones ante la SIC, ocurrieron de forma previa a la radicación de la presente demanda de pago por consignación promovida por la demandante, inclusive cuando ya había sido notificada de la existencia de la demanda ante la SIC, lo cual evidencia su mala fe al pretender eliminar las consecuencias del proceso adelantado ante la SIC, obteniendo injustificadamente la extinción de las obligaciones contractuales por esta vía.

Por eso es necesario interponer esta excepción previa, a fin de evitar el riesgo derivado de dos fallos judiciales sobre los mismos hechos, cuando pueden ser atendidos en conjunto ante uno solo de ellos. Así lo explica la Corte Constitucional en Sentencia T-353 de 2017:

“La medida de suspensión del proceso por prejudicialidad y la excepción previa de pleito pendiente tienen como objetivo común procurar que las decisiones que adopte la administración de justicia resuelvan de forma definitiva los asuntos que son sometidos a su conocimiento, es decir, garantizar que la determinación que

se adopte pondrá fin a la incertidumbre que se cierne sobre una cuestión o controversia jurídica, pues si una misma situación fuera fallada por dos autoridades diferentes se corre el riesgo de que las providencias que estos profieran resulten disímiles o contrarias, afectando así la seguridad jurídica de los coasociados”.

Para la consolidación de la excepción previa de pleito pendiente, la jurisprudencia ha establecido que se requiere:

- (i) que exista otro proceso en curso,*
- (ii) que las pretensiones sean idénticas,*
- (iii) que las partes sean las mismas y*
- iv) que haya identidad de causa, es decir, que los procesos estén soportados en los mismos hechos*
(M. P. José Fernando Reyes).

De manera que, se cumplen los requisitos establecidos por la ley que dan lugar a la consolidación de la excepción previa de pleito pendiente, pues:

- Existe otro proceso en curso en la SIC,
- Cuyas partes son las mismas
- Se esgrimen pretensiones idénticas relacionadas con el alcance de las obligaciones contractuales en especial, las de pago de pago en cabeza de la Fiduciaria Bogotá S.A. y la Constructora Amarillo SAS
- Están basadas en los mismos hechos objeto de este debate;

Cómo se desprende de lo anterior, puede concluirse que, el pago por consignación que pretende adelantar el demandante en este proceso corresponde al cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de tales hechos, Pero anticipándose a la evaluación jurisdiccional que debe hacer la sic para determinar si debe asumir las indemnizaciones exigidas por mis representados.

En consecuencia, admitir un pago por consignación en estas circunstancias resulta prematuro e inadecuado porque afecta a la seguridad jurídica que debe derivarse de un fallo judicial, en la medida que autorizar un pago por consignación extinguirá las obligaciones en contra de las demandadas y convertiría en ineficaz el fallo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lo anterior acredita la mala fe de la demandante al promover un nuevo proceso por los mismos hechos, pero en otra jurisdicción, congestionando injustificadamente los mecanismos de acceso a la justicia, en lugar de vincularse a la demanda existente ante la jurisdicción especializada que se encuentra conociendo del caso.

El link donde puede consultarse el estado del respectivo proceso de protección al consumidor por publicidad engañosa es el siguiente:

<https://serviciospub.sic.gov.co/Sic2/Tramites/Radicacion/Radicacion/Consultas/ConsultaRadicacion.php> ingresando en radicación Año: 2022 - Número: **417065**

Rogamos entonces al Despacho declarar la terminación del proceso de la referencia, como quiera que se encuentra demostrado en el plenario la existencia de dos (2) procesos judiciales en curso pendientes entre las mismas partes, con base en los mismos hechos, donde se discute la responsabilidad contractual de la demandante no solo como encargante fiduciaria, sino por su participación activa y solidaria en la promoción de los avisos publicitarios dirigidos a la atracción de clientes al proyecto para su posterior adquisición.

1. FALTA DE CONFORMACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

La excepción previa de falta de conformación de litisconsorcio necesario, contemplada en el Código General del Proceso, es una figura procesal que permite cuestionar la falta de inclusión de todas las partes necesarias en un proceso judicial. Esta excepción busca garantizar la adecuada composición del litigio y asegurar que todas las partes indispensables estén presentes para que la decisión judicial tenga efectos vinculantes y resuelva la totalidad del conflicto.

La falta de conformación de litisconsorcio necesario se presenta cuando no se incluyen en el proceso a todas las personas que, por disposición legal o por la naturaleza de la relación jurídica, deben ser parte en el litigio. Esto implica que, si alguna de las partes es considerada como indispensable para una decisión completa y eficaz, su ausencia en el proceso puede dar lugar a la alegación de esta excepción.

Sobre el particular, es importante precisar que la conformación adecuada del litisconsorcio necesario es esencial para evitar pronunciamientos parciales o contradictorios, así como para evitar la repetición de procesos sobre la misma controversia. El Código General del Proceso establece que, cuando se presente esta excepción, el juez deberá pronunciarse sobre la falta de inclusión de las partes necesarias y, en caso de ser procedente, ordenar su vinculación al proceso.

En el caso en cuestión, se observa que dentro de la parte pasiva de esta acción no se vinculó como parte demandante a la sociedad constructora amarillo SAS, dada su doble calidad de fideicomitente dentro del contrato de encargo fiduciario No. 23-76313, y de fideicomitente constructor dentro del contrato de fiducia mercantil No. 21- 80484.

Tal y como lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en recientes pronunciamientos, tanto el contrato de encargo fiduciario como el contrato de Fiducia Mercantil para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, se encuentran interrelacionados o inter conjugados.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC1416, 23 jun. 2022, rad. n.º 2019-00014-00) ha explicado lo siguiente:

“Por eso, a los intervinientes en la red contractual se les impone obrar armónicamente y en dirección al logro del propósito común; no les basta, entonces, con cumplir las obligaciones del pacto individual, sino que tienen

deberes y obligaciones por satisfacer frente a la integración de que son parte los contratos coligados, pues de su cabal satisfacción depende “tanto el surgimiento como la existencia del entramado contractual y, por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados” (ibidem). Por tal razón, es menester que la ejecución de esa cadena de convenios se realice por cada uno de los partícipes de la manera que mejor contribuya al logro del objetivo sistémico que se trazó”

De lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, se establece que las obligaciones que surgen dentro del contrato de fiducia y dentro del contrato de encargo fiduciario vinculan a terceros sujetos que no hacen parte de en este proceso, pero que podrían resultar afectados con las decisiones que pueda tomar el despacho.

En ese tipo de circunstancias, el artículo 61 Del Código General del proceso, establece la necesidad de consolidar adecuadamente cada una de las partes extrema que se vinculan al litigio, así:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.
(...)”

Así las cosas, es necesario que se vincule a la parte activa del presente proceso a la constructora Amarillo SAS en su doble calidad para que responda por las obligaciones que le competen dentro de cada una de las relaciones jurídicas encomendadas a Fiduciaria Bogotá.

En caso de no haberse constituido el litisconsorcio, el juez deberá integrar el contradictorio de forma oficiosa, tal como lo dispone el Código General del Proceso en su artículo 90; en el mismo sentido el artículo 61 del Código General del Proceso establece que:

“el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan”

En el mismo sentido lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC107-2023 Radicación N.º 11001-31-99-003-2018-01590-01

“cuando se encuentre sub judice el proyecto inmobiliario en su conjunto o se discutan aspectos propios de la coligación contractual, habrá que llamar a juicio a todos los partícipes que puedan resultar afectados con la decisión.”.

La falta de Constitución del litisconsorcio necesario o facultativo, como en el caso que nos ocupa, constituye una excepción previa que impide que el proceso pueda seguir adelante. En la medida en que no todas las personas afectadas llamadas a responder han sido involucradas al litigio. Así lo ha establecido la ley en el artículo 100, Numeral. 9 del Código General del Proceso:

“ARTÍCULO 100. EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

(...)

9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.”

En el mismo sentido lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC107-2023 Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-01590-01

“si el proceso discurre «sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos» (artículo 61 ídem), es menester que la demanda se dirija contra todas ellas.”.

Pretende el demandante promover procesos idénticos en distintas jurisdicciones con el fin de encontrar ventajas en las eventuales decisiones para su beneficio exclusivo; además convierte la litis en un escenario de mala fe, en tanto, el actor despliega una serie de prácticas que dilatan el curso de la demanda interpuesta ante la SIC por publicidad engañosa, reflejadas en la inhibición y el desentendimiento de contestar las pretensiones referidas.

Es así como, el demandante prefiere iniciar el proceso de pago por consignación en esta jurisdicción, sin haber adelantado las diligencias pertinentes en el proceso que reposa en la SIC, para definir el alcance de su obligación de pago. De modo que, esto evidencia la negativa del demandante a realizar las actuaciones que son pertinentes y que obedecen al curso normal y a las formas legales de arreglo de la controversia.

2. INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES ESTABLECIDOS PARA LOS PROCESOS DE PAGO POR CONSIGNACIÓN EN CUANTO A LA OFERTA PREVIA DE PAGO

El numeral 1 del artículo 381 del Código General del Proceso, establece que:

“La demanda de oferta de pago deberá cumplir tanto con los requisitos exigidos

por este código como los establecidos en el Código Civil”

Por tanto, es necesario revisar el listado de requisitos establecidos en el Código Civil para la procedencia de este tipo de procesos. En tal sentido establece el artículo 1658 del código civil, lo siguiente:

“ARTICULO 1658. <REQUISITOS DEL PAGO POR CONSIGNACION>. La consignación debe ser precedida de oferta; y para que ésta sea válida, reunirá las circunstancias que requiere el artículo [1658](#) del [Código Civil](#):

1a.) Que sea hecha por una persona capaz de pagar.

2a.) Que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante.

3a.) Que si la obligación es a plazo, o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición.

4a.) Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido.

5a.) **Que el deudor dirija al juez competente un memorial manifestando la oferta que ha hecho al acreedor, y expresando, además, lo que el mismo deudor debe, con inclusión de los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos;** y si la oferta de consignación fuere de cosa, una descripción individual de la cosa ofrecida.

6a.) **Que del memorial de oferta se confiera traslado al acreedor** o a su representante.

Como se desprende del primer inciso del precitado artículo y de los respectivos numerales 1, 2, 3, 5 y 6, el demandante ha incumplido con la obligación de hacer oferta de pago a los demandados.

En efecto al revisar el hecho 18 de la demanda. La fiduciaria establece lo siguiente:

“18. Finalmente, teniendo en cuenta lo pactado en la carta de separación y en la carta de instrucciones, frente a la NO firma de la promesa de compraventa por parte de FABIO MOLANO HERRERA, la FIDUCIARIA BOGOTÁ como vocera y representante legal del FIDEICOMISO PALLADIO SERENA DEL MAR FIDUBOGOTÁ, mediante comunicación remitida el **10 de marzo de 2023**, le ofreció al señor FABIO MOLANO HERRERA y a la señora OLGA LUCIA MOLANO HERRERA la devolución de los dineros aportados por la suma de \$51.815.837 y sus rendimientos por \$1.820.325,12 para cada uno indicándole que estaban disponibles como consecuencia de la terminación del negocio, sin embargo, estos no han aceptado dicha suma de dinero ni se han acercado a recoger los cheques”

Ciertamente, asegura haber hecho oferta de pago mediante comunicación de fecha 10 de marzo de 2023, ofreciendo la devolución de los recursos aportados por mis representados más sus rendimientos.

Sin embargo, olvida la fiduciaria, establecer que el estado actual de ejecución tanto el contrato de encargo fiduciario como de Fiducia mercantil impiden considerar que la obligación a cargo de la fiduciaria sea la devolución de los recursos, para lo cual es

necesario hacer las siguientes precisiones.

Efectivamente, la fiduciaria tiene dos relaciones diferentes con la constructora Amarilo SAS, así:

- i) La existente entre la Fiduciaria Bogotá y la constructora Amarilo SAS dentro de un contrato de encargo fiduciario de administración e inversión, cuyo objeto era recibir los dineros de los interesados en comprar los inmuebles y administrarlos en unos fondos de inversión colectiva administrados por la fiduciaria (Capítulo IV, Derechos y obligaciones de las partes, cláusula 4.3, numeral 2); y,
- ii) La relación jurídica existente entre la Fiduciaria Bogotá S.A. y Amarilo SAS y Caleo Construcciones para la administración y desarrollo del proyecto inmobiliario denominado PALLADIO – SERENA DEL MAR.

Como se observa no se trata del mismo tipo de relación jurídica, pues tanto la ley como la jurisprudencia han explicado que, en la fiducia se trasfiere la propiedad de los bienes o derechos del fideicomitente al patrimonio autónomo; mientras que, en el encargo fiduciario, la propiedad continúa en cabeza del encargante, de forma que la fiducia obra como mandatario del encargante o fideicomitente para cumplir una finalidad con los mismos.

Ahora bien, mi representada se vinculó de manera independiente al contrato de encargo fiduciario No. 23-761313 de administración e inversión, en calidad de encargante, donde la fiduciaria obraba a su favor, en calidad de encargado fiduciario. En consecuencia, mi representada no se desprendió del derecho de dominio sobre los recursos allí depositados, ni de los rendimientos o frutos de dichos aportes.

El objeto de este contrato de encargo fiduciario era transferir los recursos de mi representada junto con sus rendimientos al otro contrato de fiducia mercantil, según la carta de instrucciones dada por mi representada, una vez se cumplieran los requisitos contemplados en la cláusula tercera del respectivo encargo fiduciario No. 23-761313 de administración e inversión.

De acuerdo con el hecho (13) trece de la demanda, Fiduciaria Bogotá explica que efectivamente cumplió con su encargo de girar los recursos al fideicomiso PALLADIO SERENA DEL MAR- FIDUBOGOTA una vez fueron acreditados los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario, consistentes en la expedición de las licencias de construcción y lograr el punto de equilibrio en ventas del proyecto.

En tal sentido, no le corresponde ofrecer pago por consignación dentro de dicha relación jurídica, porque en dicho contrato la Fiduciaria obra en nombre de mi mandante para la entrega de recursos de su propiedad conforme a la carta de instrucciones al Patrimonio autónomo PALLADIO SERENA DEL MAR.

Ahora bien, revisemos la segunda relación de fiducia mercantil dentro de la cual mis representados no es parte; una vez la fiduciaria entrega los recursos de propiedad de mis representados a dicho patrimonio autónomo, este adquiere la propiedad sobre los mismos, y en contraprestación, mis representados adquieren un derecho en calidad “beneficiaria de área”, el cual debe ser registrado por la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo.

Así las cosas, una vez entregados los recursos de los interesados en adquirir los inmuebles que se destinan al desarrollo del proyecto inmobiliario, La fiduciaria asume el compromiso

de responder ante esos beneficiarios de áreas por la transferencia del inmueble separado al finalizar la construcción de la etapa respectiva del proyecto. tal y como se desprende del artículo 1234 numeral 7 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

“7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario,”

Es así como se protegen los derechos de los consumidores de proyectos inmobiliarios contruidos sobre planos, A través de la intervención de fiduciarias que garanticen El adecuado recaudo de dinero, La inversión en el proyecto, La viabilidad técnica, jurídica y financiera del mismo, Y finalmente, la transferencia del derecho de dominio del inmueble separado.

Así las cosas, sí mis representados no han desistido del negocio jurídico, significa que siguen ostentando el derecho a ser beneficiarios de área de la unidad separada dentro del proyecto Paladio, Serena del mar.

En tal sentido, si la fiduciaria quiere iniciar un pago por consignación en contra de mis representados, lo que deberá ofrecer no es la devolución del dinero recaudado ni de sus rendimientos, sino la transferencia de dominio del inmueble separado por mi representada y que dio lugar a la suscripción tanto del documento de separación del encargo individual y de la carta de instrucciones.

Por varias razones, ni en los hechos, así como las pruebas y anexos de la demanda, se evidencia que por ninguna parte el demandante acredita haber realizado ofrecimiento de pago de suma alguna a mis representados; ni como fiduciaria responsable del encargo fiduciario, ni como representante legal del Fideicomiso Palladio Serena del Mar.

Ahora bien, es necesario plantear que la obligación adeudada en este momento no corresponde a la obligación inicialmente contemplada en el contrato de encargo fiduciario, pues esta obligación se ha visto afectada por la mora y el incumplimiento de la fiduciaria y del fideicomitente constructor.

De forma que, en virtud de las estipulaciones contractuales y la ley, La deuda de la demandada se ve acrecentada por la indemnización de perjuicios que debe como consecuencia de la mora y el incumplimiento.

Al revisar la supuesta oferta de pago que hizo la fiduciaria Bogotá en marzo del 2023, Se observa que no incluyó ni la transferencia del inmueble separado. Ni el pago de las indemnizaciones derivadas de su incumplimiento. Por tanto, no puede considerarse que haya cumplido con los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 1658 para que proceda un pago por consignación.

Así mismo, Tampoco puede considerarse que haya hecho una oferta de pago, pues el valor ofrecido no extingue la obligación reclamada por mis representados, de forma que tampoco puede hablarse de renuncia del acreedor para recibir. Menos cuando se encuentra un curso, un proceso ante la Superintendencia de Industria y Comercio para definir el monto de estas indemnizaciones a cargo de la fiduciaria y de la fideicomitente constructora.

Así las cosas, podemos concluir que se ha incumplido un requisito sustancial para la

procedencia de la admisión de la demanda de pago por consignación. El proceso de pago por consignación es procedente cuando el acreedor se niega a recibir, y eso solo es posible cuando el deudor ha hecho ofrecimiento de pago.

3. INEPTITUD DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE REQUISITOS FORMALES - FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

Al tenor de la ley 2220 de 2022, los requisitos de procedibilidad ofrecen fórmulas de arreglo aptas para el cumplimiento Inter partes, descongestionando el sistema judicial, ofreciendo celeridad y diligencia a múltiples procedimientos, prescindiendo de los mecanismos ordinarios.

El numeral 9, del artículo 4 alude al principio de seguridad jurídica en el marco del análisis del conflicto, que deberá contar con referentes de confianza en el proceso conciliatorio como medio para la solución alternativa y pacífica del conflicto y creador de derechos con efectos de cosa juzgada, lealtad procesal en la actuación, y certeza en la justicia desde actores sociales e institucionales.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C- 1195/2001 sostuvo que el referido instrumento persigue:

“abrir un espacio de encuentro, diálogo y debate que facilite la resolución del conflicto antes de que éste tenga que ser decidido por las autoridades jurisdiccionales”

El cual no puede ser entendido como una carga para el interesado, como quiera que dentro de la audiencia el mismo tiene la posibilidad de considerar las propuestas expuestas por la contraparte o el conciliador y, de ser el caso, oponerse a ellas, a fin de lograr un acuerdo definitivo. Manteniéndose indemne su capacidad de disposición durante todo el trámite, es decir, que, con la sola manifestación en la audiencia de conciliación de su voluntad de no conciliar, se cumple con el presupuesto que le impone la ley y puede presentar la demanda.

El artículo 67 de la ley 2220 del 2022, dispone que se tendrá como regla general la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones que así lo exijan, en los casos susceptibles de esta y salvo cuando la ley lo excepcione.

De manera que, los yerros que genera la ausencia de la acreditación del respectivo requisito de procedibilidad en esta controversia debieron inequívocamente dar lugar a la inadmisión o eventual rechazo de la demanda promovida por el Fideicomiso Palladio- Serena del Mar FIDUBOGOTÁ contra mis poderdantes.

La demanda interpuesta por el demandante no demuestra haber agotado el requisito de

procedibilidad de la conciliación, ni haberse abstenido de realizar las diligencias pertinentes para el efecto por razones de desconocimiento del domicilio, lugar de habitación o el lugar de trabajo de mi representada que en todo caso debieron constar en la demanda bajo juramento, tal como lo dispone el artículo 67, parágrafo 2o de la ley 2220 de 2022 (Nuevo Estatuto de Conciliación) ; de manera que, se sustrajo el demandante de su obligación de efectuar a cabalidad este requerimiento.

En consonancia con lo anterior, el demandante debió haber incoado la presente acción posterior al agotamiento del requisito de procedibilidad, dispuesto por la ley 2220 de 2022 y las demás normas referentes a la materia. Por lo anterior, como quiera que en el presente proceso el demandante no efectuó los presupuestos antedichos, solicito al Despacho declarar probada la presente excepción.

2. PETICIÓN

Con base en lo expuesto en el presente escrito, solicito al Despacho:

2.1. Que se declaren probadas las excepciones de existencia de pleito pendiente entre las partes e ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, e ineptitud por no comprender a todos los litisconsortes necesarios.

2.2. Declarar la *improcedibilidad* del presente proceso, en la medida en que la parte actora incumplió su deber legal de convocar a una audiencia de conciliación prejudicial y acreditar el agotamiento de dicha etapa, pues no allegó constancia de no conciliación expedida por autoridad competente.

2.3. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, y siguiendo lo normado por el artículo 101 del C.G.P., se declare la terminación del proceso, con la correspondiente condena en costas en contra de la entidad demandante.

3. PRUEBAS

Solicito al despacho que ordene como prueba para definir estas excepciones Previas:

1. Oficiar a Superintendencia de Industria y Comercio para que informe sobre la existencia del proceso No. 2022-4177065 Instaurado por mi representada en contra de fiduciaria Bogotá S.A. y Constructora Amarilo SAS.

No obstante, allego como prueba de los hechos y situaciones jurídicas aquí narradas Link del proceso Instaurada ante la delegatoria de protección al consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, así:

<https://serviciospub.sic.gov.co/Sic2/Tramites/Radicacion/Radicacion/Consultas/ConsultaRadicacion.php> ingresando en radicación Año: 2022 - Número: **417065**

2. También solicitó se tengan como pruebas la demanda y sus anexos, así como la contestación de demanda y los anexos, con el fin de no duplicar la información que se allega como soporte de la contestación y que sirve de prueba a esta escrito de excepciones previas.

VI. NOTIFICACIONES

Para efecto de notificaciones, relaciono mis datos de contacto, así como los de mi representada:

Mis representados:

- Fabio Molano Herrera: Dirección: Avenida 72 No. 152 B – 90 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: fabio2molano@hotmail.com
- Olga Lucia Molano Herrera, Dirección: Calle 160 No. 73-47 Apartamento 201 Torre 2 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: olgalucia.molano.herrera@gmail.com.

Yo seré notificada en el KM 1.5 Vía Chía – Cajicá Nou Centro Empresarial Oficina 604, correo electrónico janneth.perez@perezcamberos.com.

Atentamente,



JANNETH PÉREZ CAMBEROS

C.C. No. 52.327.639.

T.P. No. 92.301 del C. S. de la J.

Señor
JUEZ PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA
E. S. D.

Referencia: Radicación No. 2023-00689
Clase de Acción: Pago por Consignación
Demandante: FIDEICOMISO PALLADIO – SERENA DEL MAR –
FIDUBOGOTA
Demandado: FABIO y OLGA LUCIA MOLANO HERRERA
Asunto: Solicitud especial de suspensión del proceso por
prejudicialidad

JANNETH PEREZ CAMBEROS, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de Apoderado especial de los demandados en el proceso de la referencia, dentro del término legal concedido para el efecto, me permito presentar escrito de solicitud especial de suspensión del proceso por prejudicialidad en los siguientes términos:

1. PREJUDICIALIDAD

La prejudicialidad ha sido definida por nuestra jurisprudencia en sentencia T-513/1993 de la siguiente manera.

“La prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca.”

En tal sentido, la prejudicialidad es una solicitud que hace una de las partes o ambas, # para que se suspenda el proceso, hasta tanto no se resuelva de fondo otro litigio judicial, cuyo asunto está directamente relacionado con el objeto de litigio dentro del proceso en el cual se hace la solicitud.

Tal y como se desprende de los hechos de la demanda radicada por Fiduciaria Bogotá S.A., entre la constructora Amarillo y dicha entidad financiera existe un contrato de encargo fiduciario de administración e inversión, contrato al que se vinculó mi representada en calidad de encargante individual.

Adicional a esa relación jurídica existente entre la Fiduciaria Bogotá y la Constructora Amarillo, se celebró un contrato de fiducia mercantil, del cual se derivó la constitución de un patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Palladio – Serena del Mar.

Estos contratos estaban íntimamente relacionados en la medida en que el primer contrato de encargo fiduciario era el vehículo para recaudar y administrar los recursos que posteriormente serían transferidos al patrimonio autónomo, para ser invertidos en el desarrollo de proyecto inmobiliario denominado Conjunto residencial Palladio – Serena del mar.

Mis representados decidieron vincularse al Encargo de administración e inversión con el fin de aportar recursos para el pago de la cuota inicial de la compra de un inmueble dentro del proyecto Palladio, el cual sería transferido una vez se terminará de construir el proyecto.

Mis representados cumplieron oportunamente con todas y cada una de las obligaciones de pago a su cargo, no obstante, el proyecto no fue construido con base en las características que inicialmente había ofrecido tanto la fiduciaria como la constructora. Vale la pena establecer que estas modificaciones no fueron informadas a mi representada ni consentidas por ella.

Teniendo en cuenta que estas actitudes constituyen violación a los derechos de consumidor, en especial el derecho a no ser víctima de publicidad engañosa, el derecho, formar adecuadamente su consentimiento, el derecho a recibir lo que ha sido ofrecido por

los proveedores, y a ser indemnizada cuando estos derechos han sido vulnerados y han generado perjuicios.

En consecuencia, se inició un proceso ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de que se declare el incumplimiento por parte de las demandadas Fiduciaria Bogota S.A. en calidad de fiduciaria y Constructora Amarilo SAS en calidad de fideicomitente, de sus obligaciones frente a los consumidores, especialmente en las relacionadas con el derecho a informar de manera veraz sobre las condiciones del proyecto, y se indemnicen los daños ocasionados.

Como se observa, este proceso está íntimamente relacionado con la discusión que pretende adelantar la Fiduciaria Bogotá ante su despacho, en la medida en que mientras en las Superintendencia de Industria y Comercio se discute la responsabilidad contractual de la fiduciaria y de la constructora, derivada del incumplimiento de sus obligaciones, en este proceso, la parte demandada pretende omitir esa discusión y en su lugar extinguir las obligaciones a su cargo, ofreciendo un pago por consignación.

Teniendo en cuenta que el proceso que cursa ante la Superintendencia es un proceso de naturaleza declarativa, en el cual se discute el alcance de las obligaciones de pago que recaen en contra de la fiduciaria y de la constructora, resulta necesario suspender este proceso de pago por consignación, en la medida en que, hasta la fecha, no existe claridad sobre el valor y alcance de las obligaciones de pago a cargo de las demandadas dentro del proceso de la SIC.

Continuar con este proceso sin haber obtenido una Sentencia dentro de la discusión de naturaleza declarativa que cursa ante la SIC, podría generar inseguridad jurídica en la medida en que se pueden generar dos fallos jurisdiccionales con sentidos diversos y contradictorios.

Recordemos que el efecto de la sentencia en un proceso por pago por consignación es la extinción de las obligaciones a cargo de quien está ofreciendo el pago, sin embargo, el monto y alcance de la obligación de pago de la fiduciaria y de la constructora, es precisamente el asunto que se discute ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

En tal sentido, es necesario terminar en primer lugar el proceso jurisdiccional que define el alcance de las obligaciones de las partes involucradas en este litigio, para luego, tener claridad sobre las obligaciones de pago que corresponden a cada una de las partes.

Como consecuencia, resulta prematuro autorizar un pago que extinga obligaciones en favor de la Fiduciaria Bogotá, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio no se ha pronunciado sobre el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre las demandadas en torno a la protección y respeto de los derechos de los consumidores.

2. PETICIÓN

Con base en lo expuesto en el presente escrito, solicito al Despacho:

2.1. Que se ordene la suspensión del presente proceso hasta tanto no se dicte sentencia ejecutoriada dentro del proceso No. 2022- 417065 iniciado por mis representados en contra de Fiduciaria Bogotá S.A. y Constructora Amarilo S.A.S., que cursa ante la Superintendencia de Industria y Comercio

2.2. Que se imponga la correspondiente condena en costas en contra de la entidad demandante.

3. PRUEBAS

Solicito al despacho que ordene como prueba para definir esta estas excepciones Previas, Es oficial, la Superintendencia de Industria y Comercio para que informe sobre la existencia del proceso No. 2022- 417065 Instaurado por mi representada en contra de Fiduciaria Bogotá S.A. y Constructora Amarilo SAS.

No obstante, allego como prueba de los hechos y situaciones jurídicas aquí narradas Link del proceso Instaurada ante la delegatoria de protección al consumidor de la

Superintendencia de Industria y Comercio, así:

<https://serviciospub.sic.gov.co/Sic2/Tramites/Radicacion/Radicacion/Consultas/ConsultaRadicion.php> ingresando en radicación Año: 2022 - Número: 417065

También solicitó se tengan como pruebas la demanda y sus anexos, así como la contestación de demanda y los anexos, con el fin de no duplicar la información que se allega como soporte de la contestación y que sirve de prueba a esta escrito de excepciones previas.

4. NOTIFICACIONES

Para efecto de notificaciones, relaciono mis datos de contacto, así como los de mi representada:

Mis representados:

Fabio Molano Herrera: Dirección: Avenida 72 No. 152 B – 90 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: fabio2molano@hormail.com

Olga Lucia Molano Herrera, Dirección: Calle 160 No. 73-47 Apartamento 201 Torre 2 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: olgalucia.molano.herrera@gmail.com.

Yo seré notificada en el KM 1.5 Vía Chía – Cajicá Nou Centro Empresarial Oficina 604, correo electrónico janneth.perez@perezcamberos.com.

Atentamente,



JANNETH PÉREZ CAMBEROS

C.C. No. 52.327.639.

T.P. No. 92.301 del C. S. de la J.

Señores
JUZGADO 1 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
E. S. D.



Referencia: Demanda de pago por consignación
Radicado: 11001400300120230068900
Demandante: PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO PALLADIO -
SERENA DEL MAR- FIDUBOGOTÁ
Demandados: FABIO MOLANO HERRERA Y
OLGA LUCIA MOLANO HERRERA

FABIO MOLANO HERRERA, identificado como aparece al pie de mi firma y OLGA LUCIA MOLANO HERRERA, identificada como aparece al pie de mi firma, conferimos poder especial, amplio y suficiente a JANNETH PEREZ CAMBEROS, identificada como aparece al pie de su firma, como apoderada principal, quien podrá ser notificada al correo electrónico: janneth.perez@perezcamberos.com, y a WILSON ALGECIRA CARRILLO, identificado como aparece al pie de su firma, como apoderado sustituto, quien podrá ser notificado al correo electrónico: walgecira21@gmail.com, para que, en nuestro nombre y representación, contesten la demanda, propongan excepciones, asistan a las audiencias programadas y en general realicen la defensa de mis intereses dentro del proceso de la referencia.

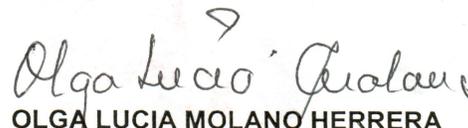
Nuestros apoderados quedan facultados para notificarse, presentar, solicitar, oponerse, renunciar, desistir, sustituir, reasumir, transigir, conciliar, recibir, rechazar y demás facultades fijadas legalmente y/o necesarias para cumplimiento del presente mandato.

Sírvase, reconocerles personería en los términos y para los efectos del presente poder.

Cordialmente



FABIO MOLANO HERRERA
C.C. No. 79.400.583.



OLGA LUCIA MOLANO HERRERA
C.C. No. 51.770.835

Aceptamos,



JANNETH PEREZ CAMBEROS
C.C. No. 52.327.639.
T.P. No. 92.301 del C. S. de la J.



WILSON ALGECIRA CARRILLO
C.C. No. 79.857.272 de Bogotá
T.P. No. 227.957 del C. S. de la J.

NOTARIA SETENTA Y SIETE (77) DE BOGOTÁ D.C.

4960

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO

Verificación Biométrica Decreto-Ley 019 de 2012

En Bogotá D.C., 2023-08-23 13:36:42

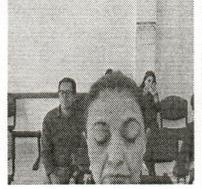
La suscrita Notaria Setenta y Siete (77) de Bogotá D.C., certifica:

MOLANO HERRERA OLGA LUCIA
Identificado con C.C. 0051770835

y declaró que la firma que aparece en el presente documento es suya y el contenido es cierto. El compareciente solicitó y autorizó el tratamiento de sus datos personales al ser verificada su identidad cotejando sus huellas digitales y datos biográficos contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Ingrese a www.notariaenlinea.com para verificar este documento.



jdcv9



x Olga Lucia Molano



DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO

Verificación Biométrica Decreto-Ley 019 de 2012

En Bogotá D.C., 2023-08-23 13:36:47

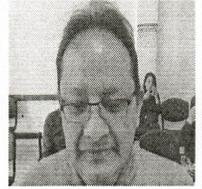
La suscrita Notaria Setenta y Siete (77) de Bogotá D.C., certifica:

MOLANO HERRERA FABIO
Identificado con C.C. 0079400583

y declaró que la firma que aparece en el presente documento es suya y el contenido es cierto. El compareciente solicitó y autorizó el tratamiento de sus datos personales al ser verificada su identidad cotejando sus huellas digitales y datos biográficos contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Ingrese a www.notariaenlinea.com para verificar este documento.



jdcvb



x [Signature]
FIRMA

[Handwritten signature]

RUBY ASTRID DUARTE ROBAYO
NOTARIA 77 DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ



RE: PODER PROCESO 2023-0068900

fabio molano <fabio2molano@hotmail.com>

Mié 23/08/2023 20:56

Para: Janneth Perez <Janneth.Perez@perezcamberos.com>

CC: olgalucia.molano.herrera@gmail.com <olgalucia.molano.herrera@gmail.com>; fabio molano <fabio2molano@hotmail.com>

 1 archivos adjuntos (4 MB)

PODER PALLADIO.pdf;

Cordial Saludo Dra. Janeth,

Adjunto el poder firmado y notariado de acuerdo a su solicitud.

El RUT y la información para la factura electrónica ustedes ya la tienen, una vez reciba la factura les estaremos pagando el 50% y a la confirmación por parte del juzgado de presentación de la respuesta a la demanda estaremos pagando el 50% restante según su confirmación de pago.

Gracias y Saludos

Fabio Molano

Cel: 57-310-314-7568

From: Janneth Perez <Janneth.Perez@perezcamberos.com>**Sent:** martes, 22 de agosto de 2023 8:13 p. m.**To:** fabio2molano@hotmail.com; olgalucia.molano.herrera@gmail.com**Subject:** PODER PROCESO 2023-0068900

Cordial Saludo,

De manera atenta me permito remitir el poder para su firma y autenticación, para representarlos dentro del proceso No. 11001400300120230068900, que cursa en el Juzgado 1 Civil Municipal de Bogotá, donde es demandante: PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO PALLADIO.

De igual manera les agradecemos remitir el RUT, a efecto de facturación y del mismo modo el poder debidamente firmado y autenticado.

Atentamente:

Janneth Pérez Camberos

Abogada

Nou Centro Empresarial, oficina 604

K.m 1.5 Vía Chía- Cajicá

Tel.: (57+1) 883 7124

Cel.: (57) 312 309 8861

Colombia

AVISO LEGAL: La información contenida en este mensaje electrónico, tiene carácter privado y confidencial. Solo puede ser utilizado por el destinatario. Cualquier copia o distribución, su reenvío total, parcial o su uso sin contar con expresa autorización de su autor, esta totalmente prohibida y sancionada por la ley. Si por algún motivo usted ha recibido el presente mensaje electrónico por error a su correo electrónico, por favor elimínelo y comuníquelo al remitente. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida esta comunicación, antes

de que llegue a su destinatario, estará sujeto a las sanciones penales correspondientes, al igual que el que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, divulgue o emplee la información contenida en la misma.