

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2023089527-026-000



Fecha: 2024-01-30 15:30 Sec.día718

Anexos: No

Trámite:: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES
Tipo doc:: 113-113-AUTO QUE RESUELVE RECURSO
Remitente: 80030-80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES
TRES
Destinatario:: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2023089527-026-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 113 113-AUTO QUE RESUELVE RECURSO
Expediente : 2023-3979
Demandante : ANDRÉS MAURICIO AGUDELO CEBALLOS
Demandados : CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A.
Anexos :

Encontrándose notificada la demandada, PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO FAI OBRASDÉ ANDALUCIA bajo la administración y vocería de CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A., presentó memorial por medio del cual pide se tengan como probadas las excepciones previas que denominó:

INCAPACIDAD O INDEBIDA REPRESENTACIÓN DEL DEMANDADO, pues los poderes no se ajustan a lo dispuesto en el inciso 2º del Artículo 74 del Código General del Proceso, ni cumplen con las disposiciones del Artículo 5º de la Ley 2213 de 2022 ya que no tienen nota de presentación ante Notario y no fueron remitidos por vía de correo electrónico.

INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES O POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES, pues además de insistir en los argumentos del punto anterior de los poderes, señala que no se cumplió con el requisito de procedibilidad relacionado con la reclamación directa en tanto lo radicado fue una queja a través de la plataforma SmartSupervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia la cual fue debidamente trasladada a la sociedad Fiduciaria y quien respondió de manera adecuada y dentro de los plazos establecidos por la Ley el 09 de mayo de 2023.

HABÉRSELE DADO A LA DEMANDA EL TRÁMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE dado que la demanda se basa en incumplimientos de los deberes exclusivos de la sociedad ObrasdÉ S.A.S. hoy en liquidación, por ende, debe acudir al proceso que se lleva a cabo en la Superintendencia de Sociedades.

PLEITO PENDIENTE ENTRE LAS MISMAS PARTES Y SOBRE EL MISMO ASUNTO, pues existe un proceso con antelación, a saber, el proceso de liquidación de la sociedad Fideicomitente en donde se presentaron el listado de acreencias el 29 de marzo de 2023.

NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS, pues el fundamento de esta obligación radica en la naturaleza de la relación sustancial que está en disputa y por ende la comparecencia de todas las partes involucradas en esta relación es imperativa, ya que su ausencia obstaculizaría al Juez a emitir un pronunciamiento sustantivo, y en su lugar, se vería obligado a emitir un fallo inhibitorio, razón por la cual debe citarse a Obra sdé S.A.S., hoy en liquidación, en calidad de Fideicomitente, quien asumió la plena responsabilidad del desarrollo del proyecto y a quien le fueron girados los recursos entregados por los demandantes.

Precisado lo anterior, surtido el traslado del recurso, la parte demandante se pronunció en el sentido de que sea denegado el medio exceptivo propuesto.

Procede entonces este Despacho a proveer sobre la procedencia del recurso promovido, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Las excepciones previas fueron instituidas por el legislador para corregir su curso y con ello evitar que por cuestiones procesales puedan verse desconocidos derechos sustanciales, las cuales son fundadas a la luz del principio de taxatividad y buscan en su esencia purificar el adelantamiento del juicio de ser necesario.

En consonancia con estos derroteros la normatividad actual contiene tres aristas; **la primera**, corresponde a las que dan lugar a terminar el proceso pues son aquellas que “...*impide continuar el trámite (...) y que no pueda ser subsanada...*”; **las segundas**, se componen de las eventualidades que sí permiten subsanación, incluso de oficio por el juzgador como sucede con el trámite inadecuado, caso en el cual deberá continuarse con el adelantamiento del asunto; **y las terceras**, nacen en el evento en que la parte debe salir a su subsanación, escenario en el cual se prevé que el juzgador debe conferir un lapso legal que corre de forma concomitante con el traslado de la demanda para que sean enmendados los defectos, (art. 101 del Código General del Proceso.).

Análisis que debe auscultarse bajo la arista de interpretación amplia en sentido amplio y no restrictivo, máxime si estamos de cara al núcleo esencial del debido proceso y de contera, a propender por el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia; y es que “...*si una norma admite diversas interpretaciones, es deber del intérprete preferir aquella que más garantice el ejercicio efectivo de los derechos; en aras de preservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador. Ahora bien, en tratándose de normas procesales y de orden público, dicha interpretación debe privilegiar el acceso a la administración de justicia y los presupuestos que orientan el debido proceso. Pero, en caso contrario, es decir, cuando la interpretación dada por el juez ordinario se aparta de los citados principios y derechos constitucionales, tal decisión se introduce en el terreno de la irrazonabilidad tornando procedente el amparo tutelar...*”, (Cfr. Trib. Sup. de Bogotá, Sala Civil, proveído del 20 de agosto de 2015, Exp. No. 11001 31 03-013-2012-00466-01, MP. Julia María Botero Larrarte, que a su vez cita a la Corte Constitucional, Sentencia SU-1185 de 2001, referida en la Sent. T449 de 2004. MP. Rodrigo Escobar.).

A lo que ha de sumarse que la acción de protección al consumidor es un mecanismo especial que lejos de propender por el excesivo ritualismo, tiene como propósito adelantar un proceso ágil y sumario para lograr la efectiva protección de los derechos que le asisten a los consumidores, la cual, además cuenta

con herramientas específicas para el efecto, como son la facultad de fallar *infra*, *extra* o *ultrapetita* y velar por la prelación del derecho sustancial sobre el formal.

Respecto del ejercicio de esta acción, acorde con los antecedentes de la iniciativa legislativa que suscitó la expedición del Estatuto del Consumidor, se justificó en la implementación de *“un procedimiento muy expedito, ágil, económico y eficiente para resolver los problemas de efectividad de la garantía o contractuales que surjan de las relaciones de consumo, los que representan el 99% de los conflictos que tienen los consumidores en su diario vivir. Este procedimiento se caracteriza por ser muy sencillo y de fácil acceso a toda la comunidad, no requiere de abogado para su trámite y los ritualismos se reducen a su mínima expresión con el fin de que se puedan fallar en el menor tiempo posible, eso sí, respetando en todo momento el derecho de defensa y contradicción de las partes y garantizando el debido proceso en cada una de sus etapas (...)”*¹(Negrilla por el Despacho).

Derroteros que cobran gran relevancia para dirimir estas situaciones expuestas por vía de excepciones previas, entre otras cosas a la luz de la trascendencia de la situación enrostrada y de cara a la posibilidad o no de viabilidad de continuidad del litigio a propósito de esta de encontrarse comprobada.

En cuanto a **la inepta demanda por falta de requisitos formales**, se cuestionan por esta vía lo siguiente:

Indebida representación del demandado, por ausencia de poder al no cumplir con los presupuestos de que trata el 2º del artículo 74 del CGP. y art. 5º de la Ley 2213, debido a que los *“...poderes no fueron presentados ante notario en una diligencia de presentación personal ni fueron enviados mediante mensajes de datos, como exige la Ley.”*

En este contexto se tiene que los poderes materia de discusión obran con suscripción del demandante y fueron allegados en fotografías por vía del mecanismo de escaneo, documento que al contener la firma de quien lo otorga se presume auténtico máxime si la discusión se centra en la no presentación personal y trazabilidad de remisión por datos, último aspecto que en la actualidad no puede tener eco dado que la interpretación que ha de dársele a las normas traídas a colación no pueden conducir a un interpretación restrictiva del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia, entre otros aspectos, cuando el presunto yerro, fácilmente puede ser subsanado incluso en audiencia con viva voz de los demandantes de su ratificación lo cual conduce a que este evento carezca de trascendencia.

Y es que como lo ha enseñado le máximo exponente en materia civil, *“...El artículo 11 del Código General del Proceso proscribe al juez exigir o cumplir formalidades innecesarias, mandato que en su calidad de principalísima (sic) advierte de entrada el criterio interpretativo con el cual deben revisarse las normas adjetivas.*

En complemento de esta regulación, la Ley 2213 de 2022 en su artículo segundo señaló que en la función de administrar justicia también se debía evitar exigir y cumplir formalidades presenciales o similares, que no sean estrictamente necesarias; y por tanto, «las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones adicionales».”

Para concluir que *“...(i) el poder no requiere firma manuscrita, (ii) que se podrá conferir por mensaje de datos y (iii) que, en todo caso, este se presume auténtico.”*, pues en un caso de similitudes ilustró *“...el poder fue aportado en debida forma, además de contener éste datos completos, esto es indicación de las partes, proceso al que se dirige, autoridad, suscriptor (que con la mera antefirma es suficiente), almacenado o generado en un mensaje de datos sí fue aportado, como consta en (i) folio 14, archivo 001ExoneracionAlimentos.pdf y (ii) en el folio 7, archivo 005EscritoSubsanacion.pdf., es decir, su*

¹ Gaceta del Congreso No. 352 del 1 de junio de 2011, pág. 3

autenticidad resultaba indiscutible, siendo superfluo, además de alejado de la ley exigir la referida trazabilidad.”, (Sent. STC3964-2023, Sala de Cas. Civil de la C. Sup. de J.).

Es así como se dijera al exordio, la presunta ausencia de poder no está dada, por un lado, la firma de los otorgantes hace presumir su autenticidad; y de otro, el hecho que este en un formato de escaneo PDF no implica debe acudir a la formalidad de presentación ante Notario ya que es amplia la interpretación de mensaje de datos que implica este tipo de formato digitalizado, y en todo caso, de hilar más fino, este es un evento claramente subsanable e intrascendente al confrontarse con preceptos de mayor jerarquía como lo es la interpretación de las normas procesales frente a derechos fundamentales como el acceso a la administración de justicia que impiden el retrotraer el proceso o dar paso a su rechazo.

Indebida acumulación de pretensiones no tendrá asidero pues arguye el excepcionante los mismos argumentos que sin éxito fueron resueltos en *ítem* anterior a los cuáles ha de estarse.

No se cumplió con el requisito de procedibilidad relacionado con la reclamación directa, (num. 5° del art. 58 Ley 480), ya que lo presentado fue “...*una queja a través de la plataforma SmartSupervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia.*”.

Tesis que tampoco tiene lugar, ya que el vocablo reclamación utilizado en la normativa especial, (num. 5° del art. 58 de la Ley 1480), ha de atenderse el contexto del caso, es decir, a la petición de reconocimiento de un derecho, de una garantía de un producto entre otros, empero no puede si quiera asimilarse a una petición de información, cuyos fundamentos son disímiles, pues el primero como lo define la Real Academia Española incluso por vía de su diccionario jurídico es la “1. *Acción y efecto de reclamar.*”, que a su vez se traduce en “...*Pedir o exigir con derecho o con instancia algo*”, además de ser un “*Gral. Recurso, queja, solicitud, petición o pretensión fundada en derecho.*”, (cfr. <https://dpej.rae.es/lema/reclamaci%C3%B3n>).

Es así como, por la vía que fuere, petición, queja y/o reclamo, en sana crítica no es posible sustentar una tesis, por demás restrictiva del acceso al derecho fundamental de ser administrada justicia, bajo el supuesto irrestricto de que la reclamación debe contener alguna leyenda en este sentido y deba radicarse por escrito directamente a la demandada, pues el sentido genuino de tal precepto en este ámbito de protección al consumidor financiero no puede ser otro distinto al que debe entenderse del literal f) del numeral 5° del artículo 58 de la Ley 1480, esto es, que el productor y/o proveedor conozcan del evento de disconformidad y antes de desgastar la justicia como ultima *ratio*, evalúen la posible reparación o solución al problema entablado, en su defecto emita respuesta negativa para que el consumidor acuda al Juez competente o la Superintendencia.

Luego si esto es así, se conocía de esta circunstancia problemática por las partes y no se tuvo solución, ya que por vía de la queja tramitada por medio de esta Superintendencia, los demandantes indicaron los pormenores cuestionados por el actuar de la aquí demandada, y pidieron que “...*Una vez adelantado el trámite que corresponda, la sociedad CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A., deberá reintegrar a cada uno de mis poderdantes las sumas que fueron pagadas con ocasión de su participación en el proyecto inmobiliario Andalucía junto con el interés bancario corriente de dichos valores calculado desde la fecha en que tales valores fueron consignados en las cuentas del Patrimonio Autónomo.*”, mismo derrotero reclamado por esta vía especial de acción de protección al consumidor de responsabilidad contractual, (arts. 56 al 58 L. 1480).

Consecuencia de lo anterior, es que contrario a lo que estima el impugnante, sí se acató la carga que echa de menos.

Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde, en tanto “...las pretensiones de la demanda se basan en incumplimientos de los deberes exclusivos de la sociedad Obrasdé S.A.S. hoy en liquidación, en calidad de Fideicomitente y esta sociedad fue admitirá a proceso de liquidación judicial por parte de la Superintendencia de Sociedades mediante auto No. 2023-01-040551 el 27 de enero de 2023...”, razón por la cual “...las pretensiones aquí expuestas deben ser tramitadas en el proceso de liquidación.”.

Basta para desechar esta excepción, el recordar que este remedio nada tiene que ver con el ejercicio de la acción que se pretenda incoar por la parte demandante, quien por demás tiene derecho dispositivo de accionar por la vía que aquella considere, sino que trata de cara al trámite procesal adelantado, es decir, modificar sin justificación el curso del proceso para que pase de ser un trámite general a uno especial o de un verbal a un verbal sumario, supuestos que ni por asomo aquí se suscitan, y es más, ni se cuestionan.

Pues de antaño, la Corte Constitucional en Sentencia C-407 de 1997 enseñó frente a este medio exceptivo que era posible su saneamiento por “...haber tramitado por la vía ordinaria un proceso que debía haberse rituado por un procedimiento especial.”, (Sent. S-219 de 9 de diciembre de 2004, expediente No. 6080-01 Sala de Cas. Civil de la Corte Sup. de J.).

Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, dado que existe un proceso de liquidación de la sociedad fideicomitente en el cual los demandantes se hicieron parte y donde piden las mismas pretensiones, razón por la cual se dan los supuestos de cosa juzgada.

Al respecto, lo primero a señalar es que no se evidencia prueba si quiera sumaria del dicho del excepcionante, empero dejando de lado esta circunstancia, no están dados los elementos exigidos para esta declarativa, pues no existe identidad de partes y tampoco de objeto, ello dado que aquí se demanda a la sociedad fiduciaria en nombre propio, luego nada se endilga a la sociedad fideicomitente desarrolladora del proyecto constructivo, acción contractual, no de liquidación que busca ante la presunta circunstancia de haber obrado contrariamente a los mandatos contractuales y legales que le son exigidos como profesional para este tipo de negocios y de obrar con la debida diligencia y previsión de un buen hombre de negocios, que sea condenada por vía de indemnización por los perjuicios patrimoniales que esta conducta les aparejó a los demandantes.

Estos simples pero diáfanos argumentos que tienen sustento en el libelo demandatorio, dan cuenta de la inconsonancia que tienen ambos escenarios judiciales, el presente respecto del concursal.

Pero para mejor proveer, lo anterior da cuenta ni más ni menos, que pide se investigue en esa pretensión todas las conductas que como sociedad fiduciaria manan del contrato de fiducia y demás cargas legales por su calidad de fiduciario, es decir, **(i)** las establecidas contractualmente (art. 1602 C.C.), **(ii)** las exigidas legalmente de cara al contrato y su servicio dada su actividad de profesional, experto y la captación de dineros considerada de notorio interés público, artículos 1226 y ss. del C. de Co., y especialmente de sus deberes indelegables que trata el artículo 1234 del C. de Co. y siguientes, **(iii)** las predicables por el ejercicio de la administración de dineros ajenos, art. 63 CC y concordantes, las de la prestación de sus servicio a los consumidores financieros, Ley 1328 y Ley 1480 en lo pertinente, las demás que debió observar “...previstas en esta ley [1328], las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de **las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones** y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.”, según lo indica el literal u) del artículo 7º de la Ley 1328-; **(iv)** las Circulares Externas que emite la Superintendencia Financiera aplicables a este tipo de negocio, pues la captación de recursos es totalmente regulada y deben ser observadas estas instrucciones como lo señala la misma Ley; y **(v)** las de reglas de conducta esperadas no de un buen padre de familia sino un buen hombre de negocios que implican la previsibilidad

en toda su gestión y exigen racero de diligencia mayúsculo (Sent. SC 2879 de 2022 entre otras), máxime si conforme lo señala el artículo 1243 del C. de Co., “...*El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.*”.

Pues la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil lo ha decantado de antaño y recientemente es criterio pacífico, que dada la naturaleza del contrato “...*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*², eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromet[e] su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes...», (Sent. SC2879 de 2022), ya que esta “...*Obligación que se ha entendido en cabeza de la fiduciaria, en causa propia, tal como lo indicó esta Corporación recientemente en sentencia CSJ SC5430-2021*³” (Sent. SC3772 de 2022).

Además, recuérdese, en palabras de la Honorable Corte Constitucional, que “...*en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad*”, (Sentencia C-123/06).

No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, cuya tesis consiste en señalar que “...el fundamento de esta obligación radica en la naturaleza de la relación sustancial que está en disputa.”, y por ello, “...La comparecencia de todas las partes involucradas en esta relación es imperativa, ya que su ausencia obstaculizaría al Juez a emitir un pronunciamiento sustantivo, y en su lugar, se vería obligado a emitir un fallo inhibitorio.”, pues “...*Obrasdé S.A.S., hoy en liquidación, en calidad de Fideicomitente, asumió la plena responsabilidad del desarrollo del proyecto. Como experto en la construcción y comercialización de proyectos inmobiliarios, Obrasdé S.A.S. asumió de manera independiente y bajo su propio riesgo la tarea de llevar a cabo la oferta, comercialización y construcción de este. Por lo tanto, es quien debe responder a los reclamos de incumplimiento presentados por la parte Demandante en su escrito, sin atribuir a Credicorp Capital Fiduciaria S.A., en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo, ninguna responsabilidad por las acciones, omisiones y/o incumplimientos del constructor, ni imputar a la Fiduciaria responsabilidades propias del mismo.*”.

A propósito de este punto, esta interpretación ha sido superada por diversas decisiones emitidas por la Sala de Casación Civil de la C. Sup. de Justicia, que han sido predicadas por esta Delegatura, ya que no en pocos procesos se pide vincular a sujetos que incluso hacían parte del contrato de forma coligada por eventos de responsabilidad en el giro de los negocios que atañían únicamente a la entidad fiduciaria.

Sobre ese aspecto, en no pocas de las sentencias se dijo: “...*En igual sentido, encuentra la Sala que si bien es cierto que en la estructuración del proyecto inmobiliario Marcas Mall de la ciudad de Cali intervino*

² CSJ SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.

³“«...es claro que la fiduciaria no era una convidada de piedra en punto a la verificación de que el patrimonio autónomo estuviese integrado en su totalidad antes de que se iniciara la fase operativa del proyecto, pues con independencia de que en las cláusulas contractuales no se haya impuesto de manera específica esa obligación, es evidente que en su calidad de administradora profesional en este tipo de negocios, estaba compelida a realizar con diligencia todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, que, naturalmente, incluían la completa composición del patrimonio autónomo, como garantía de seriedad frente a todos los vinculados al proyecto inmobiliario.»”.

no solo la demandada Acción Sociedad Fiduciaria, sino también las sociedades Urbo Colombia S.A.S., Promotoras Marcas Mall S.A.S. y Urbanizar S.A. como promotoras del proyecto, **lo cierto es que la controversia no versa sobre una relación sustancial única e indivisible que exigiera la comparecencia de aquellas al proceso**, puesto que desde la demanda misma se limitó el objeto de la litis al incumplimiento de las obligaciones de administración que eran del resorte exclusivo de la fiduciaria, y que no tienen que ver con la ejecución del proyecto inmobiliario por parte del promotor.

(...) Los hechos de la demanda refieren el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de encargo fiduciario individual, en los que se dio a la fiduciaria la expresa instrucción de poner a disposición del promotor los dineros entregados en administración únicamente cuando se hubieren cumplido las estrictas condiciones de transferencia de recursos pactadas para tal fin; el petitum, por su parte, se limita a solicitar el reintegro de esos recursos ante el incumplimiento de los requisitos de transferencia acordados.

(...) Por lo anterior, la simple lectura de la demanda muestra que la actora no pretendió la resolución, la nulidad ni la modificación de ninguno de los negocios jurídicos celebrados en la estructuración del proyecto inmobiliario Marcas Mall, no demandó el cumplimiento de obligación alguna en cabeza de la promotora ni exigió responsabilidades por la ejecución del proyecto, de modo que la controversia estuvo limitada a la relación entre el consumidor financiero y la fiduciaria en lo que concierne con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los encargos fiduciarios individuales, motivo por el cual la comparecencia de la promotora no era necesaria para la definición del asunto, como acertadamente lo advirtieron los juzgadores de instancia.

Si bien la recurrente argumenta que los distintos instrumentos negociales celebrados para viabilizar el proyecto estaban coligados y que por ende todos los participantes debían comparecer al proceso, **lo cierto es que lo que determina la existencia del litisconsorcio necesario no es una posible coligación contractual -que no fue discutida por las partes-, sino la naturaleza de las relaciones jurídicas sustanciales que fundamentan las pretensiones debatidas en el proceso.**

Así, en el caso concreto es posible deslindar las cargas prestacionales de las partes, puesto que lo que se reprocha es el incumplimiento de las obligaciones de diligencia y correcta administración a cargo de la fiduciaria, las cuales se encuentran determinadas por los contratos de encargo fiduciario individual y los mandatos legales que rigen la figura, y que en modo alguno se pueden endilgar a la promotora del proyecto, al no ser ella la entidad autorizada por el Estado para captar y administrar dineros del público.

Consecuentemente, mientras que la existencia del litisconsorcio necesario impone que la decisión judicial deba ser idéntica para todos los litisconsortes, en este asunto las distintas facetas del proyecto podían ser analizadas y resueltas de manera disímil en caso de controversia, **debido a la independencia de las obligaciones que vinculaban a las partes, en virtud de lo cual se concluye que no existe en este caso obligación legal o contractual que exigiera la comparecencia de la constructora a la acción de protección del consumidor financiero y por ende, no se está frente a un litisconsorcio necesario que impusiera la anulación de la sentencia por falta de integración del contradictorio.**”, (Sent. SC2879-2022 del 27 de septiembre de 2022 Sala de Cas. Civil de la C. Sup. de J., resaltados ajenos al texto).

Mismo escenario que aquí se predica, pues se reitera, en este litigio nada se cuestiona de la constructora, sino que atañe a la verificación del cumplimiento o no de los deberes que concitan única y exclusivamente a la sociedad fiduciaria, estas son las obligaciones; (i) establecidas contractualmente (art. 1602 C.C.), (ii) exigidas legalmente de cara al contrato y su servicio dada su actividad de profesional, experto y la captación de dineros considerada de notorio interés público, artículos 1226 y ss. del C. de Co., y

especialmente de sus deberes indelegables que trata el artículo 1234 del C. de Co. y siguientes, (iii) predicables por el ejercicio de la administración de dineros ajenos, art. 63 CC y concordantes, las de la prestación de sus servicio a los consumidores financieros, Ley 1328 y Ley 1480 en lo pertinente, las demás que debió observar “...previstas en esta ley [1328], las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de **las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.**”, según lo indica el literal u) del artículo 7° de la Ley 1328-; (iv) de las Circulares Externas que emite la Superintendencia Financiera aplicables a este tipo de negocio, pues la captación de recursos es totalmente regulada y deben ser observadas estas instrucciones como lo señala la misma Ley; y (v) de reglas de conducta esperadas no de un buen padre de familia sino un buen hombre de negocios que implican la previsibilidad en toda su gestión y exigen racero de diligencia mayúsculo (Sent. SC 2879 de 2022 entre otras), máxime si conforme lo señala el artículo 1243 del C. de Co., “...*El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.*”.

En mérito de lo expuesto, esta Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las excepciones previas entabladas.

SEGUNDO: Secretaría contabilice el término dispuesto en el numeral 2° de la resolutive del auto de 5 de enero de 2024 que dispuso la vinculación del llamado en garantía.

Cumplida esa carga y vencido el traslado para contestar por parte del llamado o superado el lapso legal otorgado para acatarla, ingresen las diligencias para continuar con el trámite que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JORGE HUMBERTO TINJACA GARCÍA

80030-COORDINADOR DEL GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES TRES
80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES TRES

Copia a:

Elaboró:

DIDY ARNOLDO SERRANO GARCES

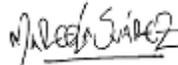
Revisó y aprobó:

JORGE HUMBERTO TINJACA GARCÍA

Superintendencia Financiera de Colombia
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES
Notificación por Estado

La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado

Hoy 31 de enero de 2024



MARCELA SUÁREZ TORRES
Secretario