

Bogotá D.C., febrero 19 de 2024

Señores:

Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

E. S. D.

Exp. 2023-3979

Radicado: 2023089527

Demandantes: ANDRÉS MAURICIO AGUDELO CEBALLOS y otros

Demandados: CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A., NIT No. 900520484-7
PATRIMONIO AUTÓNOMO “FIDEICOMISO FAI OBRASDE
ANDALUCIA” identificado con el NIT 900.531.292-7.

REFERENCIA: Descorre traslado excepciones de mérito

JUAN CARLOS ORJUELA CORTES, mayor de edad, vecino y residente en esta ciudad, identificado con la C. C No 79.514.058 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la T.P. 74123 del C.S. de la J., obrando en nombre y representación de mis poderdantes, en mi condición de apoderado especial, me dirijo ante ustedes, con el fin de descorrer el traslado de excepciones de mérito propuestas por la sociedad fiduciaria demandada, con ocasión de la Acción de Protección del Consumidor Financiero interpuesta.

DE LAS EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS POR LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DEMANDADA

Credicorp Capital Fiduciaria S.A., propone las excepciones de mérito que en su opinión permiten desestimar las pretensiones de la demanda, a saber:

1.- CUMPLIMIENTO DE LA FIDUCIARIA RESPECTO DE SUS OBLIGACIONES COONTRACTUALES Y LEGALES.

Sobre este punto, señala el apoderado de la demandada que su representado cumplió fielmente, no solo los deberes de ley sino los pactados en el contrato de fiducia.

2.- INDEBIDA INTERPRETACION DE LA LEY POR EL ACCIONANTE

En consideración del apoderado de la demandada, su apoderada no tenía la obligación de analizar el componente financiero, sin perjuicio de lo cual y aunque no existía aún la Circular Externa 024 de 2016, Sí efectuó análisis sobre la viabilidad del proyecto a partir de factibilidades presentadas por el Fideicomitente, créditos aprobados para la acreditación de condiciones de giro conforme a cada etapa del proyecto, **11 de mayo de 2016** (para la Etapa 1) y **30 de septiembre de 2017** (Etapa 2) y los beneficios tributarios que fueron plasmados como finalidad para este contrato de fiducia (exenciones en renta y devoluciones de IVA por compra de materiales de construcción).

3.- EL SERVICIO FIDUCIARIO ES DISTINTO PARA ENCARGANTES ORIGINALES Y CESIONARIOS.

Sobre este punto, el apoderado de la Sociedad fiduciaria considera que los cesionarios no ostentan la condición de consumidores financieros y lo que recibieron de cada cedente fue un derecho litigioso que los excluye del trámite procesal que se adelanta.

4.- HECHOS DEL PROPIO DEMANDANTE

Sustenta la procedencia de esta excepción en el argumento central de que algunos de los demandantes no corresponden a la categoría de consumidor promedio y deben ser considerados INVERSIONISTAS, propietarios de más de una unidad inmobiliaria y en algunos casos, comerciantes inscritos propietarios de inmuebles en Colombia.

5.-CASO FORTUITO Y/O FUERZA MAYOR- VARIACION DE PRECIOS DE MATERIAS PRIMAS

De forma expresa se señala en el escrito de excepciones de mérito lo siguiente:

"Tal y como está sustentado en el auto que admitió la solicitud de liquidación de OBRASDE, el cual se adjunta, es claro que los hechos que llevaron al concursado fueron exógenos a su actividad y que básicamente se concretan en un sobrecosto de las materias primas que se presentó para el año 2021, en la fase de reactivación de la económica por efecto de la pandemia por COVID 19, como lo muestra el estudio de Camacol donde básicamente se evidencia los incrementos referidos, debido a varios factores, entre otros, escasez de hierro, acero, inflación, falta de mano de obra."

6.- PRESCRIPCION EXTINTIVA Y/O CADUCIDAD

Se propone esta excepción con fundamento en que las fechas que deben ser consideradas para determinar la prescripción de la acción interpuesta, corresponde a la fecha prevista para la fecha de las escrituras públicas de transferencia y de entrega de los inmuebles, que según su consideración corresponde a la fecha del incumplimiento por parte de la sociedad constructora.

Así mismo señala que respecto del contrato fiduciario debe tomarse la fecha de verificación de las condiciones de giro, en la cual termino la relación contractual existente, esto es, la fiducia de preventas.

CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS.

En representación de los aquí demandantes solicito al despacho desestimar las excepciones de mérito presentadas y dar curso favorable a las pretensiones de la demanda como quiera que, una vez agotado el debate probatorio, se demostrara que la sociedad fiduciaria en nombre propio vulneró los derechos de los consumidores financieros que han promovido la presente acción para que se repare la injusticia que están afrontando. Para tal fin a continuación expongo las consideraciones respecto de las excepciones de mérito en el mismo orden propuesto por el apoderado de la sociedad fiduciaria CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A.

1.- En relación con el aparente cumplimiento de las obligaciones y deberes que el contrato y las normas aplicables demandaban de la sociedad fiduciaria, es palmario que, si pudiera aducirse en tal sentido, mis representados no estarían afrontando la situación que les aqueja y que solo es consecuencia de una deficiente gestión por parte de la sociedad fiduciaria, llamada a obrar con diligencia en desarrollo del contrato de fiducia celebrado.

En efecto si la demandada hubiese obrado con la diligencia esperada de un profesional en la gestión de negocios ajenos y hubiese efectuado un análisis juicioso de la viabilidad técnica y financiera del proyecto, del punto de equilibrio establecido en el contrato y de los niveles mínimos de solvencia y de la capacidad técnica, administrativa y financiera del constructor, es evidente que no nos encontraríamos en el escenario actual en el que no existen recursos para culminar el proyecto correspondiente.

Nótese que en la contestación de la demanda y en las pruebas aportadas no existe evidencia de que se hayan realizado tales análisis de viabilidad por parte de la Fiduciaria, no existe un análisis o una matriz de riesgos del proyecto que hubiese sido adelantado por la Fiduciaria de forma previa a comprometer su responsabilidad en el contrato de fiducia, por lo que es claro que el incumplimiento de estas obligaciones da lugar a la responsabilidad contractual por parte de la fiduciaria.

Así mismo, frente a los argumentos consistentes en el aparente cumplimiento formal de las disposiciones que señala el apoderado de la demandada, es pertinente traer a colación la obra “Fiducia Inmobiliaria” en la que el profesor y eminente jurista Luis Gonzalo Baena precisa con claridad el fin del contrato de fiducia inmobiliario en los siguientes términos: *“(…) La causa, esto es, porque se celebra un contrato de fiducia inmobiliaria, se define e identifica por esa función económica –social que le reconoce el ordenamiento jurídico, la cual no es otra distinta que la de proteger o salvaguardar los intereses de los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción,*

quienes motivados por la confianza en la profesión, conocimientos, experiencia, probidad, seriedad y eficiencia de las sociedades fiduciarias se ven obligados a anticipar determinadas cantidades de dinero a cuenta del precio de los derechos sobre unos inmuebles que se van a construir(...)" Pág. 29.

Según el mandato contenido en el artículo 1603 del ordenamiento civil *"Los contratos legalmente celebrados deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella."* Esta disposición deviene esencial para analizar las obligaciones de la sociedad fiduciaria y poder concluir si en efecto ha cumplido sus deberes con la probidad que se espera de una sociedad especializada y que no puede evadir su propia responsabilidad acudiendo a un mero cumplimiento formal que no está acompañado del necesario sustento probatorio.

Por ello no resulta admisible pretender que la sociedad fiduciaria cumplió con sus deberes y obligaciones, si ha desatendido aquellos deberes que devienen de la existencia de un negocio complejo, en el que existen terceros que tienen unas expectativas claras que igualmente matizan el cumplimiento de la fiduciaria. En la obra citada anteriormente el profesor Baena igualmente señala: *"(...) al convertirse la buena fe en fuente de obligaciones accesorias de la prestación principal y producirse una integración del contenido del negocio, se amplía el ámbito de responsabilidad contractual, habida cuenta de que junto a la responsabilidad por incumplimiento en sentido estricto, derivada del incumplimiento de la prestación, surgen los supuestos de violación de los deberes de protección emanados del principio de la buena fe objetiva. El carácter contractual de tal responsabilidad se explica por el hecho de que los deberes accesorios emanados del principio de la buena fe tienen un contenido autónomo respecto del deber de prestación, lo que significa que operan de modo independiente, aunque la prestación principal se haya cumplido."* Pág. 37

En conclusión, no es dable aceptar el pretendido cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales que son de cargo de la sociedad fiduciaria, máxime cuando, como se ha demostrado, el contrato de fiducia suscrito y demás documentos firmados por los partícipes del esquema fiduciario, desdichan de las obligaciones que las normas expedidas por la Superintendencia Financiera han asignado a las sociedades de servicios financieros que participan en proyectos inmobiliarios.

2.- En relación con la pretendida indebida interpretación de la ley que aduce el apoderado de la demandada, procede señalar que corresponde a las sociedades fiduciarias obrar con la debida diligencia y realizar todas las gestiones necesarias para lograr la finalidad del fideicomiso, siendo evidente que un profesional de la gestión de negocios ajenos no puede desconocer que el componente financiero es esencial para anticipar la culminación efectiva de un proyecto inmobiliario.

Plantear que la falta de mención de las condiciones financieras en la normativa vigente para el momento de suscripción de contrato permitía pasar por alto dicho componente, equivale a una confesión de una falta a sus deberes y de lo que se espera de una sociedad especializada y profesional. En todo caso es innegable que la norma vigente para el momento de suscripción del contrato si contemplaba que la fiduciaria debía verificar que el punto de equilibrio no comprometiera la viabilidad del proyecto, siendo evidente que el aspecto financiero constituye un elemento esencial para el correcto desenvolvimiento de un proyecto inmobiliario que compromete recursos del público.

Resulta sorprendente la proposición de que la fiduciaria no estaba obligada a verificar la existencia de condiciones financieras que permitieran cumplir con la finalidad prevista por los adquirentes de las unidades inmobiliarias, dado que la realización de las gestiones necesarias para asegurar que se cumpla el propósito del patrimonio autónomo conlleva un examen minucioso de los aspectos financieros del proyecto, so pena de realizar un inadecuado manejo de sus riesgos. Y es que en efecto, la diligencia de la sociedad fiduciaria, en un proyecto que conlleva captar recursos del público, implica la realización de una serie de tareas que no se agotan en la verificación formal de requisitos, ni en diligenciar un check list, sino que por el contrario, involucra el monitoreo permanente de los riesgos aparejados en la ejecución de un proyecto inmobiliario, para evitar que se presenten situaciones como las que se han materializado en este proyecto, en que cientos de ciudadanos ven con angustia y preocupación que no hay ninguna salida posible que les devuelva la confianza en la sociedad fiduciaria que los motivo a vincularse al proyecto inmobiliario Andalucía y que hoy desdice de su profesionalismo con argucias como la que aquí se propone como excepción de mérito.

Sobre el particular, en fallo reciente, la Delegatura para funciones jurisdiccionales señaló:

“(...) Al efectuar el juicio de culpabilidad no se examina cómo obró o debió obrar una persona del común siendo diligente, sino lo que se espera de un experto en la gestión específica en el asunto que dio origen al acaecimiento del daño, en otras palabras, la especialidad del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él...”

Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve, no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios ajenos, asuma 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’ (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01). Sin embargo, la anterior directriz no se aplica para aquellos deberes que, por autorización legal, son de resultado, o tratándose de obligaciones instrumentales, complementarias o accesorias. Expresado de otra forma, las fiduciarias pueden asumir -y asumen- deberes de resultado tratándose de cargas diferentes al objeto principal del contrato, o cuando esto devenga necesario según la tipología del negocio fiduciario. Así se infiere de la redacción del transcrito artículo 1234 del Código de Comercio, el cual consagra claras cargas de resultado, tales como mantener la separación patrimonial, llevar la personería jurídica del fideicomiso, transferir los bienes fideicomitidos al beneficiario a la finalización del encargo o rendir informes con cierta periodicidad, los cuales suponen un deber concreto que no puede soslayarse.” (resaltados ajenos al texto).”

En conclusión, no es posible predicar que, como señalan los términos de las cartas de instrucciones y el contrato de fiducia suscrito, que la fiduciaria no tenía obligación de validar las condiciones financieras del proyecto, siendo ostensible que este elemento resulta vertebral o consustancial a la adecuada mitigación de riesgos de un proyecto que involucra la administración de recursos captados del público, no siendo de recibo siquiera proponer que tal aspecto no tenía que ser valorado, validado y administrado de forma adecuada para asegurar la buena marcha del proyecto inmobiliario gestionado por el patrimonio autónomo “FIDEICOMISO FAI OBRASDE ANDALUCIA”.

3.- Respecto de la excepción propuesta que propone que el servicio fiduciario es distinto para encargantes originales y cesionarios, no puedo menos de señalar la abierta impertinencia de la excepción que desconoce la connotación de un consumidor financiero y el ejercicio de sus derechos y prerrogativas conforme a la ley.

No existe en la normativa aplicable, ninguna disposición que sustente la excepción que propone el apoderado de la sociedad fiduciaria, siendo evidente que los cesionarios que represento tienen el mismo derecho a recibir la protección de las autoridades que aquellos que se vincularon al proyecto desde un inicio, no siendo de recibo la exótica tesis de que aquellos adquirieron fue un derecho litigioso, cuando es claro que para la época de su vinculación al proyecto se seguía promocionando la participación de ciudadanos al mismo y no existía ninguna certeza ni alerta en torno a su posible fracaso. Así las cosas, resulta evidente que mis representados, encargantes originales o cesionarios, ostentan la condición de consumidores financieros y en consecuencia merecen la protección del estado y la corrección judicial al abuso evidente que viene cometiendo la sociedad fiduciaria que lejos de honrar sus compromisos y obligaciones, se desmarca de ellos con argumentos que adolecen del más mínimo sustento jurídico.

Para ahondar en razones, no puede menos que deplorarse la posición que se aduce, cuando es evidente que cada uno de los cesionarios ocupan la posición de un encargante original, pagaron al contratante cedente los valores que había aportado al fideicomiso y en consecuencia no puede concluirse con validez que no tienen la condición de consumidores financieros, máxime cuando la misma fiduciaria certifica su participación en el proyecto con todas las prerrogativas que se derivan de tal situación, dado que en su momento conoció de la cesión de derechos que se produjo en cada caso y hoy reconoce a cada cesionario como un participante activo en el proyecto inmobiliario, sin que sea aceptable que se desdiga de su condición de consumidores financieros, de conformidad con la ley.

4.- Se sustenta esta excepción en un supuesto hecho del propio demandante, dado que, según la conclusión apresurada del apoderado de la sociedad fiduciaria demandada, algunos de mis representados son inversionistas que poseen varios bienes raíces registrados a su nombre. Igual que con la excepción anterior, no puedo menos que resaltar la carencia de sustento jurídico de la tesis propuesta, la cual presupone la existencia de categorías dentro del concepto de consumidor financiero, aparentemente señalando que la

protección que el ordenamiento jurídico otorga para estos, solo procede cuando se trata de personas que adquieren una única solución de vivienda y no para quienes poseen más de una unidad inmobiliaria.

La excepción planteada en estos términos ofende a quienes han participado del proyecto con la confianza de que este contaba con la participación de un profesional en la gestión de negocios ajenos que esta llamado a realizar diligentemente todas las acciones que sean necesarias para lograr que se cumpla la finalidad del fideicomiso y que no puede exculparse con base en razones infundadas, incluso trasladando la responsabilidad por su propia gestión a los consumidores financieros que han tomado parte en el proyecto inmobiliario.

5.- La excepción planteada y que se sustenta en un caso fortuito y/o de fuerza mayor, derivado de la variación de precios de la materia prima, resulta incomprensible en la medida que la acción interpuesta no busca que se declare la responsabilidad de la sociedad constructora o de un tercero, sino que se examine fehacientemente el cumplimiento de los deberes indelegables que la ley ha asignado a la sociedad fiduciaria que toma parte en un proyecto inmobiliario y que esta obligada a realizar diligentemente las gestiones que sean necesarias para lograr que se cumpla la finalidad del patrimonio autónomo.

Así las cosas, no es aceptable proponer razones del fideicomitente, cuando el eje central del presente proceso radica en el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que solo pueden deprecarse de la sociedad fiduciaria y que en consecuencia no puede valerse de razones distintas a la acreditación de su propia diligencia y acatamiento de su propio e indelegable estatuto profesional.

En el mismo sentido, es evidente que lo que aquí se discute y será objeto de la decisión que concluya el trámite procesal, es la responsabilidad de la sociedad fiduciaria demandada y su correlativa obligación de responder con su propio patrimonio, como de forma inobjetable lo ha decantado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en los términos que siguen:

*Y es que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil lo ha decantado de antaño y recientemente es criterio pacífico, pues indicó 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, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromete su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes...**”, (Sent. SC2879 de 2022, negrillas ajenas al texto), 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 SC5430-20212” (Sent. SC3772 de 2022).*

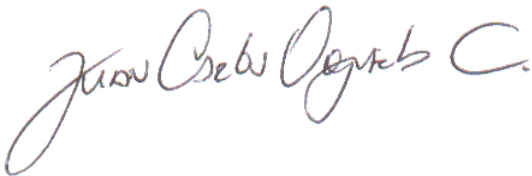
Así las cosas, ninguna relevancia tienen las razones que soportan la excepción propuesta, dado que el debate girara claramente en torno a la debida diligencia de la sociedad fiduciaria y al correcto acatamiento de las disposiciones que rigen la prestación de los servicios financieros a su cargo.

6.- Finalmente la excepción propuesta relativa a la prescripción de la acción interpuesta no resulta de recibo por cuanto la norma contempla que, en los casos de controversias contractuales, como la que aquí se analiza, los consumidores cuentan con un año contado desde la terminación del referido contrato, lo cual no ha acaecido. Siendo así no existe necesidad de profundizar en razones dado que el contrato del que se derivan la acción interpuesta sigue vigente y generando efectos, siendo claro que no es la fiducia de preventas el negocio jurídico que nos convoca, sino el contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria que no ha terminado por ninguna de las vías legales existentes, razón suficiente para señalar que el término de prescripción no ha comenzado a correr. Por demás, es importante recordar que tiene razón de ser este tipo de regla, pues según lo regulado en el artículo 5º de la Ley 1328 los derechos de los consumidores financieros estarán vigentes "...durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada...", razón obvia por la cual la prescripción de la acción de protección en este tipo de relación negocial, controversia contractual, empieza a causarse desde cuando ocurra la terminación de la relación jurídica por cualquier vía legalmente prevista.

Así las cosas, no hay lugar a predicar la prescripción de la acción de protección del consumidor financiero que se ha promovido, cuya contabilización ni siquiera a comenzado a correr dado la vigencia de la relación negocial que nos convoca.

En los términos anteriores descorro el traslado de las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada, dentro de la oportunidad legal prevista para tal fin.

Cordialmente,



JUAN CARLOS ORJUELA CORTES

CC 79514058 de Bogotá
T.P. 74123 del C. S. de la J.