

Bogotá D.C., enero 16 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 previas

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 previas propuestas por las demandada en su condición de vocera y administradora del fideicomiso FAI OBRAS DE ANDALUCIA, con ocasión de la Acción de Protección del Consumidor Financiero interpuesta.

DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS PROPUESTAS POR LOS DEMANDADOS

La sociedad fiduciaria demandada radicó escrito de excepciones previas, en su condición de vocera del fideicomiso DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA FAI OBRASDE ANDALUCÍA solicitando que posterior al análisis de estas, se decrete la terminación anticipada del proceso para el fideicomiso en virtud del artículo 278 del Código General del Proceso, o se subsanen los errores de procedimiento encontrados en la solicitud del Demandante.

Para tal fin propone las siguientes excepciones previas, con aparente sujeción a lo dispuesto en el artículo 100 del Código General del Proceso, a saber:

1.- INCAPACIDAD O INDEBIDA REPRESENTACIÓN DEL DEMANDADO

Señala la demandada que los poderes que me fueron otorgados no cumplen con los requisitos establecidos en la normativa correspondiente. Específicamente, 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. En otras palabras, estos poderes no fueron presentados ante notario en una diligencia de presentación personal ni fueron enviados mediante mensajes de datos, como exige la Ley.

2.- INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES O POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

En primer lugar, se reiteran los argumentos relativos a la indebida representación de mis clientes por cuanto en criterio de la demandada, los poderes no cumplen los requisitos legales necesarios para su otorgamiento.

Por otra parte, señala que no se cumplió con el requisito de procedibilidad relacionado con la reclamación directa según lo establecido en el Artículo 58-5 de la Ley 1480 de 2011, dado que en su criterio la queja presentada por intermedio de la Superintendencia Financiera no satisface el requisito procedimental que habilita la interposición de la Acción de Protección del Consumidor Financiero.

3.- HABÉRSELE DADO A LA DEMANDA EL TRÁMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE

En criterio de la demandada, teniendo en cuenta que 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 admitida a proceso de liquidación judicial por parte de la Superintendencia de Sociedades mediante auto No. 2023-01-040551 el 27 de enero de 2023, las pretensiones aquí expuestas deben ser tramitadas en el proceso de liquidación.

Indica a continuación que dado que los demandantes presentaron sus reclamaciones en el proceso liquidatorio no hay lugar al trámite de la presente demanda.

4.- PLEITO PENDIENTE ENTRE LAS MISMAS PARTES Y SOBRE EL MISMO ASUNTO

Considera la demandada que, en el presente asunto, se acreditan los requisitos necesarios para que se predique la existencia de pleito pendiente entre las partes y que en caso de continuarse con este trámite se estaría en grave riesgo de proferirse fallos contradictorios, evento que atentaría contra el principio de unidad procesal.

Además, señala que la Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del fideicomiso FAI Obrasdé Andalucía, cumpliendo con el deber indelegable de defensa del activo fideicomitido presentó acreencias dentro de los términos procesales en el proceso de liquidación de la sociedad Fideicomitente el 29 de marzo de 2023. Esta presentación de acreencias busca de manera directa proteger los intereses de todas las partes involucradas en el patrimonio autónomo, por lo cual, se presenta una confusión de pretensiones pues la misma solicitud requerida por los demandantes en este espacio judicial ya se está solicitando en el proceso de liquidación por parte de los promitentes compradores y de la misma fiduciaria en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo.

5.- NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS.

Se indica por la demandada, que es necesario integrar el litisconsorte necesario por pasiva a la sociedad constructora, que en este caso es la sociedad Fideicomitente OBRASDÉ S.A.S. hoy en liquidación. Esto se debe a que dicha entidad es la única y exclusivamente responsable del desarrollo del proyecto inmobiliario, siendo claro, en su criterio, que la sociedad fiduciaria como vocera y administradora del Fideicomiso no es la llamada a responder ante los consumidores inmobiliarios.

CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS PROPUESTAS.

En representación de los aquí demandantes solicito al despacho desestimar las excepciones previas presentadas como quiera que no se dan, en el presente caso, ninguno de los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico, como paso a demostrar de forma fehaciente, siguiendo al efecto el mismo orden propuesto por la apoderada de la demandada, así:

1.- En primer lugar, en relación con los poderes que fueron aportados con la demanda interpuesta resulta inobjetable que los mismos reúnen los requisitos previstos en la normatividad aplicable y en consecuencia se entienden conferidos en debida forma.

En efecto, tal como fue precisado por la Honorable Corte de Justicia en fallo STC3134-2023 Radicación n.º 47001-22-13-000-2023-00018-01 proferido el pasado 29 de marzo de 2023, los poderes para actuaciones judiciales deben ser conferidos por mensaje de datos sin requisitos adicionales como los que señala el apoderado de la demandada, no habiendo lugar a pretender que los mismos deban ser enviados desde los correos electrónicos de los otorgantes.

La consideración del apoderado judicial desestima claros principios que señalan la equivalencia funcional de los documentos digitales, y la aplicación de las TIC a la actuación judicial, sin que haya lugar a generar requisitos adicionales a los que se señalan taxativamente en las normas aplicables y especialmente en el artículo 5 de la ley 2213 de 2022.

El fallo que se reseña, proferido al resolver la impugnación de una tutela interpuesta contra una decisión del Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil Familia, ahonda en razones que permiten desestimar los argumentos presentados por el apoderado de una de las demandadas por carecer de todo sustento jurídico. En relación con la definición de mensaje de datos se precisa:

La noción de «mensaje de datos» (que no puede equipararse a mensaje de correo electrónico, como entendió el juzgado accionado) hace parte de la estructura del Código General del Proceso para que jueces y usuarios del servicio de justicia pudieran actuar por medio de las TIC. De ahí que ese concepto fuera retomado por el decreto 806 de 2020, por supuesto, con un enfoque adicional: hacer a un lado algunas formalidades (como la firma digital o presentaciones personales, por ejemplo) con miras a cumplir su finalidad de «implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria...», «flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y contribuir a la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de este», todo para hacer frente a las circunstancias ocasionadas por la pandemia del virus Covid-19 (art. 1º).

Por esa razón, el artículo 5º del citado decreto estableció que «los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento» (se destaca)

Esto traduce que debe considerarse que, a diferencia del criterio plasmado por el juzgado accionado, el poder tiene un autor conocido (pues a eso apunta la presunción de autenticidad prevista en la citada norma) y será eficaz, siempre que, además de otorgarse a un profesional del derecho, se confiera por mensaje de datos y tenga la antefirma del otorgante, sin necesidad de presentación personal, reconocimiento notarial, firma manuscrita o digital, o envío desde el correo electrónico del poderdante al del apoderado.

5. Asimilar sin fundamento normativo las nociones de «mensaje de datos» y «mensaje de correo electrónico» (o, lo que puede ser peor, desatender las normas que imponen diferenciarlas), como terminó ocurriendo en el caso concreto cuando el juzgado convocado exigió «la cadena de envíos que corrobore que desde el email del señor López Cristancho... se haya enviado el aludido poder al correo del Dr. Daniel Ricardo Sarmiento Cristancho...»,

lo cual, sostuvo, le impidió «tener certeza de la autenticidad del citado documento», desconoce el verdadero de (sic) «mensaje de datos» referido por el precepto 5º del decreto 806 de 2020.

De igual manera, de cara a la definición de mensaje de datos, que el apoderado de las demandadas pretende equiparar a mensaje de correo electrónico, en el fallo en comento se señala:

“Vistas las cosas de esta manera, «mensaje de datos» es concepto legal (las leyes 527 de 1999, 1564 de 2012 y decreto 806 de 2020, entre otras disposiciones) tomado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico que, se repite, cobija la información enviada, generada, recibida, almacenada o comunicada en formatos electrónicos, ópticos o similares, como es el caso del poder arrimado en formato «pdf» dentro del proceso cuestionado por el aquí accionante, de ahí que si el decreto 806 de 2020 -art. 5º- permite conferir poder por mensaje de datos que, además, se presumirá auténtico, resulte excesivo exigir requisitos adicionales para demostrar la autoría del documento.”

En el anterior orden de ideas, resulta evidente que acoger los planteamientos del apoderado de las demandadas conlleva un claro desconocimiento de las normas aplicables y menoscaba la utilización de las TIC en las actuaciones judiciales lo que de por sí, en tratándose de consumidores financieros, conllevaría un detrimento injustificado de su posición y de la necesidad de que de forma pronta y ágil se decidan los conflictos que se generen entre estos y las entidades vigiladas, supeditando la posibilidad de acudir a la jurisdicción a requisitos inexistentes en la normatividad procesal.

2.- De otra parte, en relación con la pretendida omisión en el procedimiento de reclamación directa, nuevamente yerra el libelista quien pretende imponer requisitos extraños y por completo inaplicables a la actuación que se desarrolla, siendo evidente que el escrito radicado en nombre de los aquí demandantes y que fue aportado como anexo de la demanda, no deja dudas en torno a que el mismo corresponde a la reclamación directa prevista en el artículo 58 de la ley 1480 de 2011.

En efecto, radicada la queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia, es claro que la misma cumple con el agotamiento del trámite de reclamación directa que una vez concluido posibilita la interposición de la correspondiente Acción de Protección del Consumidor Financiero, siendo evidente que el escrito presentado no tiene por qué tener el alcance que pretende imponerle el apoderado de una de las demandadas sino el propio que se deriva de su propio texto y que busca que se repare el actuar negligente de la sociedad fiduciaria que ha generado el siniestro del proyecto de vivienda de interés social Andalucía, con grave afectación de mis poderdantes y de todos los inversionistas que se

vincularon al proyecto con la confianza que les generaba la participación de una sociedad fiduciaria, sometida a control y vigilancia estatal.

No resulta de recibo el planteamiento vertido en el escrito de excepciones previas cuando quiera que la queja presentada ante el supervisor hace las veces de reclamación directa que habla el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, sin que haya lugar a pretender diferenciarlas o proponer la existencia de requisitos adicionales que solo corresponden al afán del apoderado de la demandada de dilatar la actuación procesal pretendiendo desestimar el alcance que tiene la petición promovida ante la Superintendencia Financiera, llegando al absurdo de pretender que se debe realizar un trámite adicional en los mismos términos del que ya fue realizado, simplemente para, en su entender, realizar una reclamación directa que en su criterio, solo sería la que se dirige directamente contra la entidad que será demandada, desconociendo que el trámite de una queja interpuesta ante el supervisor bancario conlleva la remisión a la entidad para que se pronuncie sobre el motivo de la reclamación.

Así las cosas, no es aceptable que se proponga que aún no se agota la reclamación directa cuando quiera que la petición presentada ante la Superintendencia Financiera de Colombia, fue oportunamente remitida a la entidad vigilada para que diera una respuesta, que en el caso que nos ocupa, se produjo el 9 de mayo de 2023, en la cual la entidad señala los motivos por los cuales no tiene obligación de responder positivamente a la reclamación presentada en nombre de mis representados, convencida de haber obrado de conformidad con la ley.

Adicionalmente, el planteamiento del apoderado desconoce el trámite de una queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia, como quiera que no corresponde a su esencia el producir un trámite administrativo que busque la imposición de sanciones, siendo evidente que la entidad de supervisión una vez recibe la queja la remite, sin excepción, a la entidad vigilada para que le dé el trámite que corresponda y esta se pronuncie de fondo en torno al objeto de la queja o reclamación, sin que haya lugar a distinguir los efectos de la queja presentada para su trámite y consecuente remisión a la entidad vigilada, de la reclamación que se presenta directamente ante la entidad contra la que se dirige la petición.

Así las cosas es evidente que no hay lugar a generar un trámite adicional para entender que se ha agotado el requisito de procedibilidad para interponer la Acción de Protección del Consumidor Financiero, siendo inobjetable que el escrito radicado ante la Superintendencia Financiera de Colombia, y que fue remitido inmediatamente para su trámite a la entidad vigilada, hace las veces del escrito de reclamación directa que echa de menos el apoderado de la demandada.

3.- Contrario a lo afirmado por la apoderada de la demandada, de forma alguna puede señalarse que las pretensiones de la demanda se basan en incumplimientos de la sociedad constructora. Es claro y así está concebida la causa petendi que los incumplimientos que han dado lugar a la generación de perjuicios a mis poderdantes son atribuibles de forma directa a actuaciones y omisiones de la sociedad fiduciaria, quien con la gestión adelantada como administradora del patrimonio autónomo DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA FAI OBRASDE ANDALUCÍA, dio lugar a que el proyecto inmobiliario se viera suspendido y hoy no se tenga una fecha probable para la entrega de las unidades inmobiliarias que le fueron prometidas en venta a cada uno de mis representados.

Los argumentos propuestos por la demandada no corresponden a la demanda presentada, siendo evidente que revisado su texto se puede concluir, sin lugar a dudas, que es, exclusivamente la sociedad fiduciaria la causante de la situación de parálisis que afronta el proyecto inmobiliario, sin que sea de interés de ninguno de mis representados, el pretender analizar las conductas y actuaciones de la sociedad constructora, que hoy por hoy, adelanta su proceso liquidatorio, con evidente imposibilidad de seguir desarrollando su objeto social.

Las anteriores consideraciones encuentran asidero entre otras en las consideraciones plasmadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC2879-2022 Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-72845-01 del veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022), en la que, en torno a la responsabilidad de las sociedades fiduciarias, se precisó:

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, 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»

4.- Los anteriores argumentos sustentan de igual manera la evidente inviabilidad de que se considere la existencia de pleito pendiente entre las mismas partes, cuando resulta a todas luces innegable que la demanda presentada en nombre de los aquí demandantes, no busca que se declare ninguna responsabilidad ni que se examinen las acciones y omisiones de la sociedad constructora ObrasDe S.A.S., razón que conduce, de forma indefectible a la improcedencia de la excepción previa propuesta.

Ninguno de los elementos propuestos por la apoderada de la demandada como sustento de la pretendida excepción previa se ve materializado en el presente caso, siendo ostensible que la demanda interpuesta no esta sustentada de forma alguna en conductas u omisiones de la precitada sociedad constructora sino que se basa en los incumplimientos que son atribuibles de forma exclusiva a la sociedad fiduciaria que es la autorizada por el Estado para captar los recursos de mis poderdantes y realizar todas las gestiones necesarias para que se pueda lograr la finalidad del fideicomiso.

No puede perderse de vista que este medio exceptivo se configura cuando simultáneamente se están tramitando procesos idénticos en cuanto a las partes, objeto y causa, lo cual no puede aducirse en este caso.

La falta de correspondencia de las denominadas “identidades procesales” es palmaria en este caso, pues las partes no son las mismas, el petitum es diferente y la causa petendi es distinta. El solo hecho de que en un proceso la demandada sea Credicorp Capital Fiduciaria S.A., y en el otro proceso esta sociedad no sea un extremo procesal, es razón suficiente para desestimar la excepción, pues no puede existir pleito pendiente cuando los extremos procesales no son idénticos.

Finalmente, la institución del pleito pendiente tiene como propósito, no solo evitar un desgaste innecesario del aparato judicial, sino evitar que se profieran sentencias contradictorias que atenten contra el postulado de la seguridad jurídica. Pues bien, en este caso no se produciría ninguna sentencia contradictoria, toda vez que los problemas jurídicos que deben resolver las autoridades que conocen de cada actuación son diferentes: en este proceso se debe determinar si la sociedad fiduciaria cumplió con sus deberes y obligaciones contractuales y legales, mientras que en el proceso de liquidación judicial se adelanta un trámite concursal que busca realizar los activos de la sociedad constructora y pagar con dicho producto los pasivos de la misma, sin que tal trámite guarde relación alguna con los hechos que motivan la demanda interpuesta en nombre de mis representados.

Considerar que la demanda se sustenta en actos u omisiones de la sociedad constructora conlleva a un temerario desconocimiento de los hechos que dan sustento a las pretensiones indemnizatorias que se reclaman con carácter exclusivo de la sociedad fiduciaria demandada, sin que haya lugar a desconocer la claridad de los supuestos que dan lugar al compromiso de su responsabilidad.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia previamente mencionada se indica en torno a este particular:

“(...) pues la sentencia impugnada no se fundó de ninguna manera en el incumplimiento de alguna obligación relacionada con el desarrollo o la ejecución del proyecto, sino en el incumplimiento de las obligaciones de administración, sobre las que la fiduciaria tenía pleno control y responsabilidad exclusiva, al ser, según la misma cláusula, la administradora del encargo constituido.”

Resulta inconcebible e inaceptable que la sociedad demandada pretenda desviar y confundir con argumentos carentes de toda lógica y sentido jurídico, cuando lo que debe demostrar es el cumplimiento de sus obligaciones y deberes contractuales y legales, y la debida diligencia que debió orientar sus gestiones como administradora del fideicomiso de administración inmobiliaria Obras De Andalucía.

5.- En cuanto a la pretendida falta de integración del litisconsorte necesario y con sustento en lo afirmado previamente, resulta innegable que tal y como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia que cuando una demanda se dirige a demostrar la falta de cumplimiento de los deberes y obligaciones de una sociedad fiduciaria no resulta necesario vincular a terceros al proceso, máxime cuando este no está orientado a obtener declaraciones de responsabilidad de aquellos, sino que se examine y se determine en torno a la responsabilidad de aquella, no a partir de las conductas de otros partícipes del esquema fiduciario sino con sustento en sus propias actuaciones, no siendo necesario, desde el punto de vista legal, vincular a tales partícipes ni examinar sus conductas, siendo evidente que la única persona jurídica de la cual se depreca responsabilidad es la sociedad fiduciaria que con su presencia generó la confianza que motivo a mis representados a participar de un esquema fiduciario que debió contar con la participación activa y la debida diligencia que siempre se espera de este tipo de sociedades de servicios financieros.

Resulta ostensible que los argumentos de la demandada desconocen la copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que, entre otras, en sentencia SC2879-2022 Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-72845-01 del veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022), señaló:

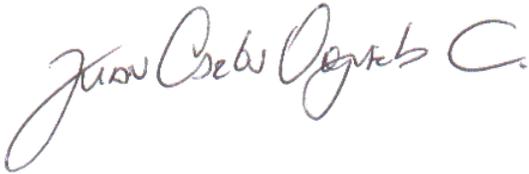
“(...) lo cierto es que la controversia no versa sobre una relación sustancial única e indivisible que exigiera la comparecencia de aquellas al proceso, puesto que desde la demanda misma se limitó el objeto de la litis al incumplimiento de las obligaciones de administración que eran del resorte exclusivo de la fiduciaria, y que no tienen que ver con la ejecución del proyecto inmobiliario por parte del promotor.”

En efecto en el caso de estudio, no se pretende que se declare la responsabilidad de la constructora, o que se dejen sin efectos los negocios jurídicos celebrados, sino que se declare la responsabilidad de la fiduciaria y en consecuencia se obligue a indemnizar los perjuicios causados a mis representados, tal y como lo precisan sin lugar a duda, los hechos de la demanda.

PETICION

En el anterior orden de ideas, solicito al Despacho desestimar las excepciones previas propuestas por la sociedad demandada y proseguir con el trámite del proceso.

Cordialmente,



JUAN CARLOS ORJUELA CORTES

CC 79514058 de Bogotá

T.P. 74123 del C. S. de la J.