

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2021206646-057-000

Fecha: 2023-04-21 17:06 Sec.día 1174

Anexos: No

Trámite:: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc:: 576-576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE

Remite: 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 : 2021206646-057-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2021-3976
Demandante : LAURA LILIANA PÉREZ RODRÍGUEZ

Demandados : FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A. PUDIENDO UTILIZAR LA SIGLA "FIDUDAVIVIENDA S.A."

En atención a lo expuesto en audiencia anterior, y de cara a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 373 del CGP, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profiere la siguiente sentencia escrita.

SENTENCIA

La señora Laura Liliana Pérez Rodríguez demandó a la sociedad fiduciaria, Fiduciaria Davivienda S.A., con la finalidad de que se le declare “...responsable (...) por la violación al deber de información e indebido análisis del perfil como cliente financiero del producto otorgado, denominado Multiportafolio de Inversión Cerrado ‘DAFUTURO INMOBILIARIO 7’ (...) el cual fue adquirido el día 29 de mayo de 2019...”.

En consecuencia, se “...ORDENE la terminación del contrato denominado Multiportafolio de Inversión Cerrado ‘DAFUTURO INMOBILIARIO 7’...”, “...la restitución de los dineros que obren en la cuenta individual No. 0600047600070358.” y se le CONDENE “...al pago de los perjuicios materiales e inmateriales causados a la señora LAURA LILIANA PEREZ RODRIGUEZ, con ocasión de la defectuosa prestación del contrato celebrado.”.

Los primeros tasados así:

i) \$103.000.000,00 que corresponde a la disminución del saldo de su cuenta individual No. 0600047600070358, o en su defecto la que corresponda o arroje a la fecha del fallo frente a lo inicialmente entregado, la suma de \$600.000.000,00.



@SFCsupervisor



Superintendencia Financiera de Colombia



Superintendencia Financiera de Colombia



superfinanciera



ii) \$40.000.000,00 que corresponde al monto del crédito No. 590404760030528-5, el cual se vio obligada la demandante a tomar y pagar al BANCO DAVIVIENDA S.A., para poder vivir congruamente ante la imposibilidad de disponer de sus recursos destinados al Multiportafolio de Inversión Cerrado DAFUTURO INMOBILIARIO 7.

iii) \$5.099.000,00 correspondiente al monto del crédito No. 590404670018034-1, que se vio obligada a tomar la actora y pagar al BANCO DAVIVIENDA S.A., para poder vivir congruamente ante la imposibilidad de disponer de sus recursos destinados al Multiportafolio de Inversión Cerrado DAFUTURO INMOBILIARIO 7.

iv) \$234.204.000,00 que corresponde al interés bancario corriente, como consecuencia de los rendimientos que hubiese producido el dinero que entregó la señora Perez Rodriguez si se hubiese invertido con alguna otra modalidad financiera acorde a su nivel de experticia y conocimiento en estos instrumentos, tales como una cuenta de ahorros o un CDT., (derivados 013 y 021, reforma de la demanda y su subsanación).

Notificada la pasiva, presentó escrito de contestación en el cual pidió fueran declaradas probadas las excepciones “*RETIRO DEL MULTIPORTAFOLIO DE INVERSIÓN CERRADO ‘DAFUTURO INMOBILIARIO 7’*”, “*RETORNO DE LA INVERSIÓN A MEDIANO O LARGO PLAZO*”, “*INEXISTENCIA DE PERJUICIOS*” y “*CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DEL DEBER DE INFORMACIÓN*”, (derivado 024).

CONSIDERACIONES

Verificada la existencia de los presupuestos procesales, y siendo competente conforme los artículos 57 y 58 de la Ley 1480 de 2011 y 24 del Código General del Proceso, procede la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, a resolver en derecho la controversia aquí suscitada.

DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Preliminarmente, debe anotarse que en cumplimiento del mandato constitucional derivado del artículo 78 de la Carta Política, expidió el legislador las disposiciones reguladoras con las que se pretende proteger a los consumidores, a fin de dar seguridad en la adquisición de bienes y servicios a través de las garantías mínimas de idoneidad y eficacia de dichas prestaciones, a cargo de los productores y/o proveedores; en razón al desequilibrio que surge de las relaciones de consumo entre tales personas, incrementadas con el auge y desarrollo industrial que *per se*, ha conllevado la proliferación del fenómeno, en una sociedad de consumo, en la que se persigue cada vez más la satisfacción de necesidades.

De lo anterior emerge que la naturaleza de la acción concebida en el Estatuto del Consumidor Financiero contiene una flexibilización al principio de congruencia consagrado en el art. 281 del CGP, en la medida en que se faculta a la autoridad jurisdiccional en el marco de la presente acción a adoptar decisiones *infra*, *extra* y *ultra petita* fundada en los hechos probados dentro del trámite, como así lo concibe el numeral 9° del art. 58 de la Ley 1480 de 2011, aspecto este puesto de presente a las partes al momento de fijar el problema jurídico.

De lo anterior emerge que la naturaleza de la acción concebida en el Estatuto del Consumidor Financiero contiene una flexibilización al principio de congruencia en virtud del cual, la simetría entre lo decidido y lo planteado por las partes opera sin perjuicio, claro está, de las facultades oficiosas sea por exceso al conceder más de lo pedido (*ultra petita partium*) o pronunciarse sobre peticiones no incoadas (*extra petita partium*), ya por no resolver las pretensiones o excepciones formuladas o aquellas que debe declarar ex

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



officio (citra o minima petita partium). (Cas.civ. sentencia de 12 de diciembre de 2007, expediente No. C-0800131030081982-24646-01).

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en sentencia del 30 de julio de 2008, expediente No. 11001-3103-036-1999-01458-01 manifestó que *“El juzgador por mandato legal está sujeto al principio de congruencia plasmado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil [hoy art. 281 del CGP.] y su decisión sometida a la regla relacional de la litis no procediendo de oficio (ne procedat iudex ex officio) **excepto si lo autoriza el ordenamiento jurídico...**”*. (negrita fuera del texto original).

Facultad frente a la cual incluso el Tribunal Superior de Bogotá D.C., no ha sido ajeno, pues sobre tal temática en una de sus Salas de Decisión donde se indicó: *“...El problema jurídico a resolver consiste en determinar si en los procesos de protección al consumidor el juzgador puede fallar infra, ultra extra y extra petita, y en qué consiste en particular esta última.”*, para concluir que *“...La respuesta al problema jurídico consiste en que el juzgador en procesos de protección al consumidor, sí puede fallar de forma infra, ultra y extra petita, entendida esta última como la facultad de sustituir las pretensiones por otras, conceder algo adicional, otorgar un derecho o algo diferente al pedido, declarar una relación jurídica diferente, y otorgar lo pedido, y por hechos distintos a los invocados en la demanda.”*, pues conforme reza el artículo 281 del Código General del Proceso, *“[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”*, (Sent. 18 de diciembre de 2020, Rad. 11 001 31 99 003 2018 01685 01, MP. Iván Darío Zuluaga Cardona).

A su turno, ha de recordarse que el artículo 57 de la Ley 1480 es la norma rectora en este tipo de ejercicio jurisdiccional de acción de protección al consumidor, lo anterior tiene gran significancia si en cuenta se tiene que en desarrollo de esta facultad es posible *“...conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas **relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.**”*, (negrilla ajena al texto).

Luego de la simple armonización normativa con la demanda es plausible concluir que se acude en verificación del no acatamiento del contrato y se busca como consecuencia su reparación por vía resarcitoria como sucede en este caso.

En conclusión, de lo antes relatado es evidente y por demás claro para esta Delegatura que de cara a sus facultades jurisdiccionales nos encontramos en presencia de un proceso de responsabilidad contractual, en el cual por vía de acción de protección al consumidor financiero se pretende la declaratoria de incumplimiento y la consecuente devolución de las sumas que entregó la aquí demandante al momento de su vinculación como inversionista fundada esta situación en dos aspectos, el primero dada la ausencia de información conforme los mandatos legales lo exigen en este tipo de productos; y el segundo, ante el indebido asesoramiento que condujo a tener a la cliente dentro de un perfil que no correspondía con su realidad.

DEL CONTRATO DE INVERSIÓN.

El negocio Jurídico fuente de controversia, y que sea decirlo desde ya, no está en discusión por lo menos en su existencia, trata de aquéllos de pensión voluntaria, opción que busca facilitar el ahorro y la acumulación de capital a mediano y largo plazo con rentabilidades sujetas al tipo de inversión que se realiza por parte de la entidad autorizada en uso del instrumento al cual se encuentra suscrito el cliente

dadas sus condiciones específicas de cara a su perfil para cuando se produce su vinculación o en el desarrollo del negocio de modificarse su apetito de riesgo.

En lo que toca con el contrato celebrado en esta *litis*, trata de, en un Fondo de Inversiones Voluntarias invertido en un fondo de inversión en tipo de multiportafolio Cerrado característica que implica que su retiro no puede darse en cualquier momento sino una vez cumplida una o algunas de las condiciones señaladas en el contrato portafolio llamado DAFUTURO INMOBILIARIO 7 (en adelante Dafuturo Inmobiliario) con inversión diversificada en distintos activos, incluyendo la participación, en el Patrimonio Estrategias Inmobiliarias – PEI.

Dafuturo Inmobiliario tiene un plazo de permanencia mínimo de un año contado a partir de la fecha de su estructuración en alternativa cerrada, es decir, que cumplido este tiempo es posible realizar retiros de aportes solamente bajo alguna de las modalidades señaladas en el plan y para el asunto por “...a. **Sustitución de Afiliados:** (...). podrá optar por permitir que otro(s) afiliado(s) ingrese(n) a la Alternativa, sustituyendo total o parcialmente la participación del afiliado que desea retirar sus aportes.

Lo anterior, siempre y cuando se cuente con clientes interesados en realizar este procedimiento de sustitución, tanto en las posiciones de entrada y salida.

(...). no puede garantizar la existencia de potenciales afiliados que deseen ingresar a la Alternativa, así como tampoco puede garantizar que, en caso que éstos existan, se pueda lograr la sustitución total o parcial de la participación del afiliado que desea retirar sus aportes.

b. Venta de participaciones en el mercado secundario en la Bolsa de Valores de Colombia: Para que opere el retiro de aportes bajo esta modalidad, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: i) Que exista un mercado secundario en el que se puedan negociar las unidades del PEI en la Bolsa de Valores de Colombia. ii) Que el monto de salida sea transable en el mercado, buscando la menor afectación posible del valor de la unidad de PEI..”.

A su turno, señala este documento, que la liquidez que pueda dar esta inversión es incierta y depende de las condiciones de mercado y posibilidades de negociación en la Bolsa de Valores de Colombia de los títulos participativos del patrimonio autónomo PEI.

Igualmente indica que no existe un plazo máximo de permanencia, pero en todo caso, está sujeta la Alternativa Cerrada a la duración del contrato de fiducia mercantil que da origen al Patrimonio Autónomo Estrategias Inmobiliarias y a la duración misma de los títulos participativos emitidos en desarrollo de la titularización inmobiliaria Estrategias Inmobiliarias.

Ahora, en lo que toca con el perfil del inversionista, resulta de aquellas personas que desean invertir de mediano a largo plazo, que puedan soportar diversas tolerancias al riesgo, aquél que desea diversificar su portafolio actual con exposición a activos poco relacionados con los actuales de Multinversión y con retornos esperados en pesos potencialmente interesantes.

Y señala el documento “...Es un inversionista capaz de asumir el riesgo de las fluctuaciones de precios de la propiedad raíz en Colombia y que entiende que este tipo de inversiones son de largo plazo. También es un inversionista que no necesita de liquidez ni en el corto ni en el mediano plazo y entiende que es probable que, dentro de un año, cuando sea posible salir de esta Alternativa por haberse cumplido el plazo mínimo de permanencia, la salida tarde en ejecutarse un tiempo incierto, toda vez que ello depende de las condiciones de mercado para la venta de unidades.”, (Cfr. Documentos denominados “MULTIPORTAFOLIO DE INVERSIÓN CERRADO ‘DAFUTURO INMOBILIARIO 7’ TÉRMINOS Y CONDICIONES” y “DOCUMENTOS DE ADHESIÓN ALTERNATIVA CERRADA PATRIMONIO ESTRATEGIAS INMOBILIARIAS - PEI- PLAN INDIVIDUAL ALTERNATIVAS CERRADAS”,

aportados con el escrito de demanda, con el de contestación y de cara a las pruebas de oficio pedidas, derivados 000, 014, 033 y 050).

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE.

Lo primero a señalar es que, al estar en presencia de una actividad regulada considerada de interés público, (art. 78 y 335 C. Pol.¹) y la cual el Estado permite ejercer solamente a ciertas entidades como sucede con la aquí pasiva, dada la autorización que en sentido le fue proferida por vía de resolución por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, que le permite, dentro de su condición de sociedad fiduciaria administrar fondos de pensiones en las condiciones previstas en la normatividad establecida a partir de lo dispuesto en la Parte V Capítulo VI del EOSF.

En efecto, debe recordarse que el numeral 3º del artículo 168 del EOSF define este tipo de inversiones como “...el conjunto de bienes resultantes de los aportes de los partícipes y patrocinadores para cumplir uno o varios planes de pensiones de jubilación e invalidez”, ello quiere significar que los aportes a los mencionados fondos consisten en sumas de dinero, con los cuales las administradoras llevan a cabo las inversiones de acuerdo con sus políticas y dentro del marco general establecido por el régimen de inversión de los respectivos recursos.

En consecuencia, cada fondo voluntario se rige por la Ley y el reglamento correspondiente, al tenor de lo señalado en el literal e) del numeral 1º del artículo 169 del EOSF., por supuesto, sin que ello sea óbice para olvidar o dejar de aplicar de cara al servicio de notorio interés público que presta, las obligaciones legales y conexas del producto o servicio prestado según los principios de buena fe contractual, (art. 871 del C. de Co.²), artículo 78 C. Pol.³, Leyes 1328 y 1480 entre las demás disposiciones que nutren la relación jurídica negocial llevada a cabo como Circulares e incluso reglamentos.

Al respeto, el artículo 3º de la Ley 1328 de 2009 establece que: “...Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros” mismo componente que indica el literal u) del artículo 7º *ibidem* en tanto y como obligación especial de estas vigiladas, está el observar de cara a las estipulaciones contractuales, “Las demás previstas en esta ley, 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.”.

¹ “...las instituciones crediticias tanto públicas como privadas, son equiparables en lo que guarda relación con el ejercicio de la actividad financiera, definida por el artículo 335 de la Constitución como de interés público, en atención al papel que asumen en la economía de mercado, en la creación secundaria de dinero, en el manejo del ahorro público y en el sistema de medios de pago, entre otras funciones que, por su incidencia directa en la estabilidad y crecimiento macroeconómico, son reguladas y controladas por el Estado. De modo que independientemente del origen de la propiedad de los activos que manejan dichas instituciones están sujetas a unas mismas reglas respecto de la actividad financiera que desarrollan...” (Sent. C-793 de 2014) y “...En ese sentido, esta Corporación ha sostenido que: (...) debe tenerse en cuenta que ‘a la luz del artículo 335 de la Constitución Política la actividad financiera es «de interés público» y que, de acuerdo con precedentes jurisprudenciales, ha sido catalogada como un servicio esencial (...)’”, (Sent. SC18614-2016).

² Esta norma permea todo tipo de relación contractual de naturaleza mercantil ya que exige que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de estos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

³ El artículo 78 de la Carta Política de 1991 alude a dos esferas de protección, que si bien son dispares, no puede perderse de vista que se complementan, pues el inciso primero prescribe que la ley “regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”, esto es, que debe existir un control de calidad en los servicios y productos ofrecidos y un deber de informar de manera debida al consumidor respecto del mercado de estos bienes y productos ofrecidos.

Dentro del marco legal que el profesional ha de acatar en la prestación del servicio, no sobra indicar que la Ley 964 de 2005, en su artículo 3º establece las actividades que son consideradas como propias del mercado de valores, entre ellas “b) La intermediación de valores...”, actividad que es objeto de intervención del Estado a través de reglamentación general por el Gobierno Nacional, tal y como lo determina el artículo 4º de la misma ley.⁴

En ejercicio de esta función reglamentaria, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1120 y 1121 de 2008 (hoy incorporados al Decreto 2555 de 2010) que señalan las actividades que constituyen intermediación en el mercado de valores, así:

“Artículo 7.1.1.1.2 (Artículo 1.5.1.2. de la Resolución 400 de 1995, subrogado por el Decreto 1121 de 2008) Operaciones de intermediación en el mercado de valores.

Son operaciones de intermediación en el mercado de valores las siguientes: (...) 4. Las operaciones de adquisición y enajenación de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores – RNVE o de valores extranjeros listados en un sistema local de cotizaciones de valores extranjero, ejecutadas por:

a. Las sociedades comisionistas de bolsa de valores en su calidad de administradoras de carteras colectivas y de fondos de inversión de capital extranjero.

b. Las sociedades fiduciarias en su calidad de administradoras de carteras colectivas, de fondos de pensiones voluntarias y de fondos de inversión de capital extranjero.

c. Las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías en su calidad de administradoras de fondos de pensiones obligatorios, de fondos de pensiones voluntarias y de fondos de cesantía.”.

La anterior disposición, aplicable a las sociedades fiduciarias como administradoras de fondos de pensiones voluntarias (producto al cual se refiere el presente caso) se encuentra igualmente regulado por el artículo 7.3.1.1.2 del citado Decreto 2555 (anteriormente el Artículo 1.5.3.2. de la Resolución 400 de 1995, subrogado por el Decreto 1121 de 2008) establece los deberes especiales de los intermediarios de valores, así:

“Los intermediarios de valores deberán cumplir con los siguientes deberes especiales:

1. Deber de información. *Todo intermediario deberá adoptar políticas y procedimientos para que la información dirigida a sus clientes o posibles clientes en operaciones de intermediación sea objetiva, oportuna, completa, imparcial y clara.*

De manera previa a la realización de la primera operación, el intermediario deberá informar a su cliente por lo menos lo siguiente:

a) Su naturaleza jurídica y las características de las operaciones de intermediación que se están contratando,
y

*b) **Las características generales de los valores, productos o instrumentos financieros ofrecidos o promovidos; así como los riesgos inherentes a los mismos.***”.

⁴ “INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DE VALORES. Conforme a los objetivos y criterios previstos en el artículo 1º de la presente Ley, el Gobierno Nacional intervendrá en las actividades del mercado de valores, así como en las demás actividades a que se refiere la presente ley, por medio de normas de carácter general para: (...) b) Establecer la regulación aplicable a los valores, incluyendo, el reconocimiento de la calidad de valor a cualquier derecho de contenido patrimonial o cualquier instrumento financiero, siempre y cuando reúnan las características previstas en el inciso 1º del artículo 2º de la presente Ley; lo relativo a las operaciones sobre valores, la constitución de gravámenes o garantías sobre los mismos u otros activos con ocasión de operaciones referidas a valores y su fungibilidad; la emisión de los valores; la desmaterialización de valores; la promoción y colocación a distancia de valores; las ofertas públicas, sus diversas modalidades, las reglas aplicables, así como la revocabilidad de las mismas; y la determinación de las actividades que constituyen intermediación de valores.”.

En relación con el desarrollo de estos deberes, es necesario advertir que la sociedad fiduciaria ha dispuesto una serie de manuales e instructivos internos que propugnan por el cumplimiento de esas obligaciones, entre los cuales se cuenta sin limitarse a este, el “...**MANUAL PARA LA DISTRIBUCIÓN DE FONDOS A TRAVÉS DEL BANCO DAVIVIENDA S.A. MEDIANTE CONTRATOS DE USO DE RED** Actualización abril de 2019”, documento aportado por la pasiva de cara a una prueba de oficio que se decretó y el cual obra al derivado 039, elemento que expone algunos deberes que debían ser cumplidos por parte de los asesores al momento del ofrecimiento y vinculación del producto, tal y como así sucediera en las instalaciones del Banco Davivienda de la ciudad de Bucaramanga, donde fue vinculada la consumidora financiera demandante al producto objeto acá de discusión. Igualmente, dentro de los parámetros de conducta dispuesto dentro de los instructivos internos del Banco, se establecen los siguientes deberes de En la distribución⁵ de los Fondos de Inversión Colectiva (FICS) y de los Fondos Voluntarios de Pensiones (FVP.), tales como:

La información al cliente, en donde “...**Los empleados encargados de la distribución de los fondos entregarán a sus clientes la información necesaria para que tengan un adecuado entendimiento de los productos y servicios que ofrece el Banco en su calidad de distribuidor de los FICs, administrados por Fiduciaria Davivienda S.A. y por Davivienda Corredores S.A., y comercializador del FVP, administrado por Fiduciaria Davivienda S.A., procurando siempre que ésta sea objetiva, oportuna, veraz, verificable, actualizada, exacta, entendible, completa y respetuosa de la buena fe y la libre competencia.**”.

“Correcto entendimiento de los FICs y del FVP.

Todos los empleados de la red de distribución del Banco deberán tomar las precauciones necesarias para que en la propuesta, discusión y cierre de todo negocio, cualquiera de los participantes del mercado logre un correcto entendimiento sobre la naturaleza, alcance y condiciones del mismo.

De manera especial deberán suministrar la siguiente información: (...)

- Toda la **información material o relevante para el cierre del negocio**, a menos que se trate de información sujeta a reserva.
- Indicación de que pueden recibir **asesoría con profesionales certificados** y que la misma se presta.
- Informar el **perfil del cliente y el perfil del producto**

En todo caso, se deberán abstener de adelantar cualquier relación de negocios en la cual exista desinformación o mal entendimiento sobre la transacción específica o sobre el alcance de las responsabilidades del Banco.”.

“Perfilamiento de clientes.

Para el FVP se deberá perfilar al cliente conforme a la normatividad vigente y el empleado del Banco que ejerza la actividad de distribución y/o comercialización deberá actuar de conformidad con el perfil del cliente.

El perfilamiento de clientes se convierte en una herramienta esencial para ejercer la actividad de asesoría y con el cual se deberá examinar todos los elementos que permitan realizar el análisis para ofrecer a los clientes productos convenientes para la realización de sus inversiones.

En la etapa de vinculación, el empleado debe informarle al cliente inversionista su perfil de riesgo, el cual se determina según los procesos definidos para la fuerza comercial.

⁵ Término tomado literalmente del documento

En el caso de los profesionales certificados ante el AMV, llámense fuerza comercial especializada, **y cuando realicen asesoría presencial, deberán entregar al cliente ‘el documento perfilamiento de clientes’ del Grupo Bolívar, y de acuerdo con la información suministrada, se informará el resultado del perfil del mismo.**

Con base en el perfil, el comercial del Banco, deberá realizar la oferta comercial sobre los fondos que se encuentren acorde con el perfil, **ejecutando un análisis de conveniencia, brindando toda la información asociada al producto o estrategia de inversión, explicación previa sobre la naturaleza del vehículo de inversión ofrecido, relación existente entre los riesgos y la rentabilidad del mismo, y la forma en la que el producto se ajusta o no a la tolerancia al riesgo del cliente.**

Adicionalmente el comercial dará a conocer la descripción general de los gastos, comisiones y demás factores que influyen en el producto ofrecido. **Dicha información deberá constar en soporte físico o electrónico y servirá como medio verificable para el ejercicio de la actividad de asesoría, y soporte para el cliente.**

Las actividades descritas en el párrafo anterior también podrán ser ejecutadas a través de herramientas tecnológicas desarrolladas para tal fin, sin perjuicio que el cliente pueda acceder durante o posteriormente a una interacción con un funcionario comercial certificado.

Si el comercial del Banco encuentra que el riesgo asociado al fondo o estrategia de inversión sobre inversiones solicitado por el cliente no es idóneo, frente a su perfil de cliente, el comercial deberá advertirle expresamente tal situación al inversionista y en forma previa a la toma de decisión de inversión.

En caso de que el inversionista, luego de recibir la información y la asesoría del distribuidor sobre la inversión que pretende realizar, decida invertir en los fondos o estrategia de inversión que no concuerda con su perfil de cliente, el distribuidor deberá obtener su consentimiento previo, libre, informado, por escrito o por cualquier medio digital para ejecutar la inversión, a través de la ‘Carta de Declaración de Responsabilidad.’ (...)

DEBER DE DOCUMENTACIÓN.

Deber de documentación del distribuidor. El Banco, en su calidad (...) de **comercializador del FVP**, deberá:

a. Documentar el perfil de riesgo del cliente, **entregar y explicar** toda la información sobre los FICs promovidos y el FVP comercializado y, en general, los demás aspectos de la relación del distribuidor con el cliente que deban ser documentados, de acuerdo con la regulación aplicable y las políticas adoptadas por la junta directiva del Banco.

Este deber deberá ejercerse **durante todas las etapas del proceso de (...) la comercialización del FVP** (para fuerzas especializadas). (...)

c. Documentar la actividad de asesoría de manera física o electrónica y cuyo contenido permita verificar el suministro de la recomendación profesional con los elementos mínimos descritos en la normatividad vigente.

d. Documentar la vinculación de cada cliente y entregar a éste copia del prospecto o reglamento del respectivo fondo, de lo cual se deberá dejar evidencia.

Así mismo, informar al cliente los canales a través de los cuales puede conocer el reglamento y dejar constancia de que éste lo conoce y lo acepta.

e. Verificar que las vinculaciones a los fondos estén oportuna y adecuadamente documentadas. (...)

Utilización de sistemas de grabación y tecnológicos como medios verificables en los procesos de asesoría.

El Banco dispondrá de sistemas de grabación de comunicaciones telefónicas para aquellas fuerzas que brinden asesoría telefónica a sus clientes sobre (...) la comercialización del FVP, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

a. Será responsabilidad de las áreas de control hacer un monitoreo periódico del buen funcionamiento del sistema de grabación; asimismo, será su obligación informar al Departamento de Canales y Comunicaciones cuando las grabaciones presenten defectos.

b. Con el objetivo de atender quejas, reclamaciones o dudas sobre llamadas sostenidas con los clientes, en relación con el ejercicio de la promoción, venta o servicio posventa (...) del FVP, el área encargada deberá solicitar los 'backups' de las grabaciones de aquellas comunicaciones respecto de las cuales se presenten desacuerdos con los clientes.

Para el caso de las herramientas tecnológicas habilitadas para realizar actividades de asesoría, el Banco contará con los recursos que garanticen la trazabilidad de toda la información, documentos y recomendaciones realizadas a clientes o potenciales inversionistas. (...)

Conocimiento del cliente.

Los empleados del Banco que ejerzan la actividad de distribución de (...) la comercialización del FVP deberán abstenerse de realizar negocios o actividades de distribución o comercialización con clientes sobre los cuales no se haya verificado el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en materia de conocimiento del cliente contemplados en el Manual SARLAFT.

. (...)

ACTIVIDAD DE ASESORÍA

En caso de que las Sociedades Administradoras de los fondos deleguen al Banco la ejecución de la actividad de asesoría, el Banco deberá garantizar los derechos de los inversionistas y su debida atención en su condición de distribuidor, y establecerá los mecanismos adecuados para garantizar el cumplimiento de esta actividad de acuerdo con lo previsto en la normatividad vigente.

Para tales efectos, el Banco establecerá un procedimiento que permita perfilar a los inversionistas conforme a la normatividad vigente y a las políticas internas establecidas para el perfilamiento, realizar los análisis de correspondencia con los productos de inversión, suministrar la información de los productos y sus características, suministrar la recomendación profesional cuando haya lugar por las condiciones del producto y tipo de inversionista conforme a las directrices impartidas por el administrador de los fondos y cualquier otra actividad que le permita al cliente tomar sus decisiones de inversión.

Para el desarrollo de esta actividad de asesoría, el Banco deberá hacerlo a través de personas naturales que expresamente autorice para la ejecución de dicha actividad, las cuales deberán estar inscritas en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores -RNPMV-, y además contar con una modalidad de certificación que les permita realizar esta actividad, esto sin perjuicio de que la actividad de asesoría se pueda desarrollar a través de herramientas tecnológicas habilitadas por el Banco conforme a la normatividad vigente aplicable.

Perfilamiento El Banco conforme a las políticas definidas en el MARF-C ha establecido que el perfilamiento de los clientes **tiene como finalidad medir y clasificar el apetito de riesgo de los mismos inversionistas basados en la información proporcionada por ellos sobre aspectos relevantes como conocimiento de inversiones, experiencia, objetivos de inversión, tolerancia al riesgo, capacidad para asumir pérdidas, horizonte de tiempo y otros aspectos o información entregada por el inversionista para tomar decisiones de inversión.**

En consecuencia, se aplica una metodología que permite clasificar al cliente en una de las tres categorías que permiten también ofrecer una asesoría adecuada al cliente.

Las tres categorías son:

Perfil Conservador 'El objetivo principal de este tipo de inversionista es la preservación del capital y la obtención de ingresos estables. El inversionista conservador tiene una alta aversión al riesgo y suele aceptar únicamente fluctuaciones bajas en el valor de sus activos.

La modalidad de negociación asociada a este perfil de inversionista consiste básicamente en tomar una posición de inversión, cumplir un plazo para obtener la rentabilidad esperada y proceder a la liquidación de la misma. La rotación activa del portafolio de inversión no se enmarca dentro de este perfil de inversionista'.

Perfil Moderado 'El objetivo principal de este tipo de inversionista es lograr un balance entre sus ingresos por rendimientos y la apreciación o aumento moderado de su capital resultante de las fluctuaciones en los precios de sus activos.

El inversionista moderado tolera un nivel de riesgo medio derivado de los cambios en el precio de sus activos en el corto y mediano plazo, con el objetivo de obtener mejores resultados en el largo plazo.

La modalidad de negociación asociada a este perfil de inversionista consiste usualmente en tomar una posición de inversión, analizar su evolución y tomar utilidades en el momento en que ellas existan.

El inversionista moderado suele contemplar la rotación activa de al menos una parte de su portafolio de inversión, con el objeto de procurar aumentar el capital invertido vía valorización de los activos.'

Perfil Arriesgado 'El objetivo principal de este tipo de inversionista es lograr la mayor apreciación o aumento del valor de sus inversiones.

El inversionista arriesgado asume un amplio nivel de riesgo y tiene una alta tolerancia a los movimientos en el precio de sus activos.

La modalidad de negociación asociada a este perfil de inversionista consiste en tomar una posición de inversión a corto o largo plazo, bien sea con recursos propios o apalancados, usualmente en valores con alta volatilidad en sus precios y/o en derivados, con el propósito de aprovechar las fluctuaciones del mercado en búsqueda de mayores utilidades por la valorización de las inversiones. Se contempla dentro de este perfil la rotación activa del portafolio de inversión.

Usualmente este tipo de inversionista ha tenido experiencia en el manejo de activos financieros y sigue de cerca el comportamiento de los mercados."




La ejecución del perfilamiento será desarrollada por los mecanismos habilitados por el Banco, los cuales pueden ser ejecutados a través de formatos físicos, de comunicación grabada o digitales y serán ejecutados por funcionarios habilitados o a través de herramientas tecnológicas autorizadas por el Banco.

Los clientes tienen la facultad de pedir cambio de su perfil, así como de tomar decisiones de inversión que no se ajusten a su perfil de cliente o de la recomendación profesional que se realice.

En este caso y para clientes clasificados como clientes inversionistas, se deberá dejar registro de la decisión no vinculante de la recomendación profesional previa a la ejecución de la inversión y dejar constancia de la misma en medio verificable físico o digital.

El perfilamiento permite al Banco garantizar una adecuada asesoría a los clientes y una oferta de productos acorde con las necesidades particulares de cada uno de ellos. Las recomendaciones individualizadas que se ofrezcan a estos, podrán dirigirse simultáneamente a un número plural de inversionistas que tengan un mismo perfil.

Las recomendaciones individualizadas sólo podrán hacerse por la fuerza comercial especializada al inversionista y deberán incluir una explicación previa de la naturaleza de los fondos ofrecidos, la relación existente entre los riesgos y la rentabilidad del mismo, y la forma en que el producto se ajusta o no a la tolerancia del riesgo del cliente inversionista, de acuerdo con el último perfil de riesgo disponible.

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

La actividad de asesoría aplica para las estrategias de inversión que se diseñen con los diferentes fondos o inversiones, en el entendido que el nivel de riesgo asumido por cliente será el de la estrategia completa y no el de los productos o fondos que la componen.

De esta forma, **el cliente podrá realizar inversiones en Fondos de mayor perfil al suyo, siempre y cuando se mantenga en la estrategia planteada**, la cual en su conjunto tendrá un perfil de riesgos que guarde correspondencia con el perfil del cliente. Para los efectos anteriores, la asesoría será suministrada por un profesional certificado y la prestará de manera telefónica o presencial, según aplique o por las herramientas habilitadas por el Banco para realizar recomendaciones profesionales y estrategias de inversión.

Para el caso de los FICS distribuidos en virtud de contratos de uso de red, el Banco clasificará a sus clientes en las categorías previstas en el Decreto 2555 de 2010, es decir, en Inversionistas Profesionales y Clientes Inversionistas.

Por política del Banco, de Fiduciaria Davivienda S.A. y de Corredores Davivienda S.A. Comisionista de Bolsa, **se le dará tratamiento a todos los clientes como Clientes Inversionistas**, salvo que estos sean vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, tal como lo cita el Decreto 2555 de 2010.

Los Clientes Inversionistas son aquellos que no cuenta con la experiencia y conocimientos necesarios para comprender, evaluar y gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a cualquier decisión de inversión y por ende tiene derecho a solicitar y recibir asesoría. (...)

Recomendación Profesional El Banco en su actividad de distribuidor de fondos de inversión colectiva suministrará a los clientes o potenciales inversionistas una recomendación profesional que le permita al inversionista tomar una decisión de vinculación a los fondos distribuidos.

A su vez, en su labor de comercialización del FVP el Banco suministrará una recomendación profesional que le permita al partícipe tomar una vinculación al fondo y realizar la selección de los multiportafolios y/o alternativa de inversión a los que quiera destinar sus aportes.

El Banco se ceñirá a la normatividad vigente y a las definiciones del administrador en los reglamentos de los fondos respecto de la prestación de la recomendación profesional, la cual podrá constar en medio físico o digital.

El documento soportes de la recomendación no será exigible para el Banco cuando los clientes renuncien expresamente a su derecho de recibir una recomendación profesional respecto de inversiones en productos catalogados como simples conforme a la normatividad vigente.

El Banco dispondrá de un repositorio físico o digital para los documentos soportes de la recomendación profesional para su consulta y/o seguimiento los cuales estarán disponibles para entes de control y supervisión y entes de autorregulador. (...)

DEBIDA ATENCIÓN AL INVERSIONISTA En relación con los Clientes Inversionistas, el Banco ha determinado que los funcionarios que ejerzan la distribución de FICS deberán tener en cuenta la clasificación del producto teniendo en cuenta el perfil asignado con el fin de realizar un adecuado análisis de correspondencia para que el inversionista tome su decisión de inversión.

Los inversionistas deben ser adecuadamente atendidos durante las etapas de promoción, vinculación, vigencia y redención de la participación en el fondo de inversión colectiva, en orden a lo cual deberá cumplirse por lo menos lo siguiente:

1. En la etapa de promoción, quien realiza la promoción deberá identificarse como promotor de la respectiva sociedad administradora, **entregar y presentar a los potenciales inversionistas toda la información necesaria y suficiente para conocer las características y los riesgos del fondo de inversión colectiva promovido**, evitar hacer afirmaciones que puedan conducir a apreciaciones falsas, engañosas o inexactas sobre el fondo de inversión

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



colectiva, su objetivo de inversión, el riesgo asociado, gastos, o cualquier otro aspecto, así como verificar que el inversionista conozca, entienda y acepte el prospecto del fondo de inversión colectiva.

2. En la etapa de vinculación, el distribuidor deberá poner a disposición del inversionista el reglamento del fondo, remitir las órdenes de constitución de participaciones a la sociedad administradora en forma diligente y oportuna, entregar al inversionista los documentos representativos de participación en el fondo e indicar los diferentes mecanismos de información del mismo.

3. Durante la vigencia de la inversión en el fondo, el distribuidor debe contar con los recursos apropiados para atender en forma oportuna las consultas, solicitudes y quejas que sean presentadas por el inversionista.

4. En la etapa de redención de la participación en el fondo de inversión colectiva, el distribuidor deberá atender en forma oportuna las solicitudes de redención de participaciones, indicando la forma en que se realizó el cálculo para determinar el valor de los recursos a ser entregados al inversionista.”, (resaltados ajenos al texto).

Y es que no sobra recalcar que las sociedades administradoras de fondo de pensiones voluntarias forman parte de la gama de entidades catalogadas como de servicios financieros, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad, y quienes gozan del carácter de instituciones financieras una vez autorizadas por la Superintendencia Financiera momento en el cual de manera abierta al público pueden ejecutar las transacciones propias de su objeto social.

Ello obedece a que los fines perseguidos por el Estado en estas materias exigen que un sujeto de especiales características se ocupe exclusivamente de ellas con prescindencia del común de los comerciantes. De esa manera, la constitución de las personas jurídicas facultadas para desarrollarlas no depende únicamente de la voluntad de los contratantes, ya que dadas las situaciones de conveniencia y asimetría entre partes está ha de ser determinada por las autoridades con sujeción a un objeto social específico y plenamente regulado por la Ley.

Ahora bien, en el presente caso, no se puede desconocer que conforme el artículo 93 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero “Las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores podrán permitir mediante contrato remunerado, el uso de su red de oficinas por parte de sociedades de servicios financieros, entidades aseguradoras, sociedades comisionistas de bolsa, sociedades de capitalización, e intermediarios de seguros para la promoción y gestión de las operaciones autorizadas a la entidad usuaria de la red y bajo la responsabilidad de esta última.

(...)

PARAGRAFO 2o. De la misma forma, la modalidad de uso de red de qué trata el artículo 5o. de la Ley 389 de 1997 podrá ser prestada y utilizada por las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores, en los términos y condiciones que para el efecto establezca el Gobierno Nacional”. Tal y como se desprende del “...MANUAL PARA LA DISTRIBUCIÓN DE FONDOS A TRAVÉS DEL BANCO DAVIVIENDA S.A. MEDIANTE CONTRATOS DE USO DE RED Actualización abril de 2019”, documento aportado por la pasiva de cara a una prueba de oficio que se decretó y el cual obra al derivado 039.

Al respecto el Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.34.1.1.1., frente al uso de red, indicó: “Podrán ser tanto prestadores como usuarios de la red los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades comisionistas de bolsa de valores, las comisionistas independientes de valores, las sociedades administradoras de inversión, las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos (SEDPE) y las entidades aseguradoras.

Los prestadores de la red podrán prestar su red para que los usuarios de la misma realicen la promoción y gestión de las operaciones que les han sido autorizadas con sujeción a los términos señalados en el presente Título.

Parágrafo 1º. *Para los efectos del presente decreto, se entiende como Red el conjunto de medios o elementos a través de los cuales sus prestadores suministran los servicios del usuario de la red al público. Forman parte de esta, entre otros, las oficinas, los empleados y los sistemas de información”.*

Con el fin de que puedan desarrollar entre otras operaciones autorizadas, concretamente las indicadas en los literales b y n del artículo 2.34.1.1.2, esto es: “b) La celebración de negocios de fiducia mercantil, encargos fiduciarios y leasing siempre y cuando el contrato que dé origen al negocio, obedezca a un modelo tipo que sirva como base para la celebración de contratos de adhesión y para la prestación masiva del servicio; y n) La vinculación a fondos de pensión voluntaria”; Eventos en los cuales, el contrato de uso de red debe garantizar los derechos de los inversionistas establecidos en el decreto 2555 relacionados con la asesoría, y atendidos por personas naturales inscritas en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores (RNPMV), que cuenten además con la modalidad de certificación que les permita realizar esta actividad, tal y como lo establece el parágrafo 4 del mencionado artículo.

Todo lo anterior, bajo contratos de uso de red en el que: “se indicará que el prestador de la red actúa bajo la exclusiva responsabilidad de usuario de la misma, y que por lo tanto no asume obligación alguna relacionada con la ejecución de los negocios celebrados en su nombre”, Artículo 2.34.1.1.5., siendo por regla general que la entidad financiera actúa bajo la exclusiva responsabilidad de la entidad usuaria.

Todos estos derroteros que habrán de demarcar el camino para analizar y resolver la presente situación problemática suscitada en este litigio.

DE CASO EN CONCRETO.

Visto que aquí ninguna discusión surge entre las partes de cara a la existencia de la relación contractual, damos por superado este aspecto y entramos a mirar las condiciones enrostradas soporte del presente proceso, como lo son la falta de información y asesoría al momento de vinculación de la aquí consumidora financiera demandante.

Sobre tan específico contexto, ha de decirse que, por normatividad según atrás señalada, la carga de brindar, ejercer, adelantar, corroborar e informar debidamente al cliente en los ámbitos sean de información específica de cara a las características de este contrato de inversión ora de forma general con ocasión al producto, recaen en la pasiva.

Es así como la carga de la prueba, por vía de inversión, redundaba en aquélla ya que le compete entonces probar que cumplió con estas cargas legales que le imponían desarrollar, (art. 167 del CGP.), esto no solamente dada su condición de experto en este tipo de mercado, sino además toda vez que surge en razón a la posición dominante y por ende ser la parte más fuerte de este tipo de relación contractual.

De ir más allá, ha de tenerse en cuenta que la aquí demandante ha sido insistente en señalar **no** haber recibido una información cierta, suficiente, veraz, clara y oportuna que le permitiera conocer adecuadamente sus la naturaleza del producto (inversión a realizar a través del FVP en un portafolio específico y las condiciones de este), derechos, obligaciones, exclusiones, riesgos, costos entre otros elementos del contrato que suscribió, así como que no se realizó un debido perfilamiento de su apetito de riesgo como cliente inversionista y menos se le brindó la debida asesoría en este contexto, **infirmación**

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



que traslada la carga de la prueba a la parte más robusta del proceso y quien le queda más fácil probar, para el caso la sociedad fiduciaria demandada.

En tal sentido, es de resaltar que por Ley, e incluso reglamentos, la Entidad Vigilada estaba en el deber de tener en su archivo en guarda y custodia los elementos que dieran cuenta que acató estas obligaciones y con ello entrar a desvirtuar esas circunstancias que se le enrostran, por supuesto sin perjuicio de allegar otros medios de prueba que den cuenta de este actuar de cara a la libertad probatoria de estos juicios, pues ha de tenerse en cuenta que la normativa aplicable a la colocación del producto e incluso el mismo reglamento interno soporte de la actividad le exigía, según lo atrás visto, el documentar cada uno de estos escenarios y de ser el caso posteriores renunciaciones específicas de la aquí cliente a los derechos derivados del perfilamiento para el momento de vinculación o posteriormente.

En consecuencia, ha de decirse que no es de recibo el argumento de la pasiva en señalar y pretender exonerarse de este tipo de responsabilidad bajo el amparo del artículo 6° de la Ley 1328 de 2009, es decir, que la aquí cliente diligenció los formularios de vinculación y perfilamiento del riesgo, sin preguntar, informarse e indagar sobre el producto objeto de estudio, pues aún so capa de tener como cierta dicha circunstancia, ello en nada le exonera del deber de brindar una información y una asesoría en los términos que dispone la Ley e incluso su propio reglamento.

Y es que la hipótesis manifestada parte de un supuesto que riñe tanto con la normatividad general establecida en la Ley 1328 para el desarrollo del deber de información de todas las Entidades Vigiladas con sus clientes y usuarios sino con las disposiciones especialísimas que reglan las actividades en el mercado de valores y que se derivan de la Ley 964 y sus reglamentaciones. En efecto, la dinámica de la bilateralidad del proceso de información en la vinculación a un producto parte de la iniciativa del profesional del mercado quien ha de proporcionar la misma con todos los requerimientos legales al consumidor al consumidor, y en desarrollo de las normas del mercado de valores, tal información no puede entregarse adecuadamente **si el funcionario del intermediario no realiza el perfilamiento del cliente adecuadamente.**

Es por ello que el mismo instructivo interno habla de *“finalidad medir y clasificar el apetito de riesgo de los mismos inversionistas basados en la información proporcionada por ellos sobre aspectos relevantes como conocimiento de inversiones, experiencia, objetivos de inversión, tolerancia al riesgo, capacidad para asumir pérdidas, horizonte de tiempo y otros aspectos o información entregada por el inversionista para tomar decisiones de inversión”*. Todo lo anterior para concluir que no se satisface el deber del profesional del mercado con el mero diligenciamiento del inversionista de los documentos de vinculación o de un cuestionario de perfilamiento, si no existe un proceso inquisitivo de éste hacia el cliente que le permita como conclusión, al profesional establecer cuál de las tres categorías de cliente es el consumidor, cuales productos son aplicables a esa categoría e informar las condiciones, características y riesgos de cada uno, sin perjuicio a que el cliente considere necesaria una recategorización con las salvedades y prevenciones a que haya lugar, situación que por cierto no se presentó en este caso.

Esa, es la actividad que este Despacho no observa por parte de la sociedad fiduciaria y de su asesor en este caso, como más adelante analizamos puntualmente.

Aquí cabe señalar, además que no puede convertirse en tesis de carrera que lo primero, no indagar por parte del cliente, exima lo segundo, el brindar una información en las características consagradas en la Ley y sostenidas por la jurisprudencia dado su nivel de experto, conocedor y profesional en el negocio que ofrece, amén de que es la conducta que se espera, esto es, un actuar esmerado y diligente de buena fe.

Nótese que no podemos hablar de una buena fe simple o subjetiva como la que trae el artículo 83 de la Constitución Política y predicable a cualquier ciudadano, no solamente porque no estamos en presencia de cualquier sujeto amparado bajo esta presunción sino de uno con categoría especial, máxime si busca una exoneración bajo tal parámetro y de cara a este tipo de responsabilidad, luego le resulta exigible el probar y de suyo el verificar por parte del Juez vía de averiguaciones, el actuar desarrollado en todo el *iter* contractual.

Recuérdese que “...[d]esde el punto de vista de sus efectos, la buena fe, siguiendo el criterio uniforme y consolidado de esta Corte⁶, se desdobra en dos: (i) la buena fe simple; y (ii) la buena fe calificada (o creadora de derechos; o especial; o buena fe exenta de culpa). (...) la primera es la comúnmente exigida en las diversas actuaciones de la vida. Sus consecuencias, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala⁷, se contraen a cierta protección que el ordenamiento otorga a quien de esta manera obra. **La calificada o creadora de derechos, por otra parte, genera consecuencias más contundentes, y superiores –en todo caso- a las producidas por la buena fe simple.** Tiene la virtud, por su propia naturaleza, de crear una realidad o situación jurídica, esto es, dar por existente ante el orden jurídico, un derecho que realmente no existe o que es discutido. (...) [[es decir] ‘La buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa (...) exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario, lo cual exige averiguaciones (...).’ La buena fe simple exige tan sólo conciencia, la buena fe calificada o creadora de derechos, conciencia y certeza⁸.’ (Sent. STC1881 del 20 de febrero de 2019, radicación N. 11001-02-03-000-2019-00208-00).

Lo anterior tienen correlatividad dada la calidad de la demandada, toda vez 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).

Luego, poco aporta al plenario si se cuestiona o no la buena fe, si se alega que se procedió con diligencia y de cara a esta presunción, cuando el rasero para este tipo de entidades como la demandada, quienes ejercen estas actividades reguladas y de cara a los parámetros que se les exige, tienen la obligación de un obrar de buena fe calificada, que no es nada distinto a demostrar acataron sus deberes de conducta de expertos en el rol de administradores de dineros ajenos y con estricta observancia en las reglas del contrato, las de su reglamento, la de las normas que regulan el negocio, así como las que regulan el servicio prestado.

Dilucidado lo anterior, de cara a los elementos de prueba allegados al plenario, analizados en conjunto y valorados a la luz de la sana crítica, así como la lógica material en correspondencia con la normativa ya atrás citada y la jurisprudencia en comento, ha de decirse que no se advierte probado se haya acatado por parte de la sociedad Fiduciaria Davivienda S.A., los deberes de información, asesoría y consejo que manaban de este tipo de negocio, o por lo menos, ello no lo probó, máxime cuando la misma representante legal en su interrogatorio de parte (audiencia del 29 de septiembre de 2022), señaló no constarle que información o asesoría se le dio a la demandante respecto al portafolio al que se adhería, así como que para el perfilamiento no le inquirieron por su experiencia en el mercado de valores, sí con la inversión

⁶ Cfr. CSJ SSC del 20 de mayo de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel); 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea); 25 de agosto de 1959 (M.P. José Hernández Arbeláez); 5 de mayo de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez); 17 de junio de 1964 (M.P. Arturo Posada); 3 de agosto de 1983 (M.P. Jorge Salcedo Segura); y 19 de dic. de 2006 (M.P. Carlos I. Jaramillo). Entre otras.

⁷ CSJ SC del 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea).

⁸ CSJ SC del 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea).

buscaba un ingreso estable o un mayor ingreso, o si buscaba generar mayor apreciación o aumento del valor de sus inversiones para corroborar la información registrada en la encuesta respectiva.

Al respecto, se tiene como elementos de prueba las documentales allegadas al plenario con la demanda, su contestación, los interrogatorios de las partes, y el testimonio del asesor William Mauricio Valero quien vinculó y tuvo como cliente a la aquí actora a propósito del producto en discusión.

En ese contexto, los documentos aportados al plenario dan fe en su mayoría de condiciones reglamentarias que debían cumplirse por parte del asesor en el momento de vinculación, desarrollo y posterior redención del producto, comportamiento de naturaleza general que indican o llevan a concluir que se no se acataron por este dichas reglas de conducta exigidas, contrario a ello, no se aportó y brilla por su ausencia los elementos que fueron pedidos a la sociedad fiduciaria a efectos de establecer los soportes del desarrollo del cumplimiento al deber de información y asesoría brindado a la cliente y el de recomendación profesional con ocasión al producto asignado a la cliente, los cuáles conforme la normativa e incluso según el reglamento interno (acápites “*DEBER DE DOCUMENTACIÓN*” antes citado) indicaba debían constar por escrito o estar documentados en las herramientas electrónicas preestablecidas por la fiduciaria Davivienda S.A.

Igualmente reposan grabaciones, que ha de decirse, son de fechas posteriores al momento de su vinculación, pues datan para cuando ya se habían presentado los inconvenientes con la aquí demandante conforme da cuenta su contenido, es decir, posterior al año de permanencia mínima del producto y de cara a las diversas como constantes solicitudes de la actora para proceder a redimir su inversión, momento en el cual se le informa y de manera tardía, las razones por las cuáles, de un lado la valoración de su participación se ha visto a la baja, y de otro, los motivos por los cuales no ha podido darse su ventana de salida, explicaciones a propósito de las cuales la aquí demandante, la señora Laura Liliana es enfática en indicar, nunca se le informó al momento de su vinculación, menos que no podía retirarse cumplido el año a la par de decirle al asesor que había una total falta de información y seriedad por parte de la Fiduciaria pues lo que ahora le estaban comunicando no se lo expresaron al inicio de la relación comercial.

A su vez, refuerza este evento los chats allegados y pedidos de oficio, pues allí en ninguna de las conversiones sostenidas entre el 27 de mayo de 2019 y 2 de julio de 2021 dan cuenta, fe o permiten tener certeza que la aquí demandante fuera oportuna, debida y completamente informada de las características y condiciones del producto, contrario a ello, lo único que se evidencia es que la demandante pide información sobre la rentabilidad del PEI en diversas oportunidades, que sus productos que tenía eran con el banco Davivienda S.A. y correspondían a ahorros programados por vía de depósitos a términos fijo CDT, que requería una redención inicial de cien millones de pesos, que solicita copia de los documentos que suscribió en mayo de 2019 cuando hizo apertura de este producto (chat del 4 de septiembre de 2020), del trámite que se venía adelantando con ocasión a los créditos que pidió a Banco Davivienda S.A. al no poder recibir dineros por rendimientos del fondo de inversión, la posterior devolución de sus seiscientos millones de pesos de pesos entregados al fondo de inversión (chat del 23 de noviembre de 2020) junto con las diversas y posteriores solicitudes de indagación del estado de este trámite.

De igual forma, las desvalorizaciones en pérdidas según chat del 8 de febrero de 2021 y el reclamo al asesor al enterarse que tenía un perfil arriesgado así como la nueva pérdida monetaria del producto, que los intereses se volvían capital y que ella le había señalado de forma clara dejaba el dinero por un año para que recibiera intereses y luego se retiraría lo cual no ha podido realizar (chat del 2 de julio de 2021) en donde además concluye pidiendo una explicación a estos eventos por escrito, y no sobra acotar que si bien la actora señala en el chat con nombre propio los productos que adquirió, como las inversiones en PEI, aquello no luce como suficiente dada la sana crítica y la razonabilidad del dicho para entender bajo esta situación conocía de los pormenores, características, riesgos y/o condiciones de este portafolio.

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

Lo cual permite inferir por vía indiciaria con estos elementos de prueba que la actora no conocía de inversiones de esta naturaleza, su negocio efectuado era un ahorro de depósito por vía de CDT (producto de ahorro del más bajo riesgo que se ofrece en el mercado financiero, por demás), que no quería un término mayor a un año cuando este producto exigía para un retorno de utilidades un largo plazo aproximado de 10 años, (tal como deviene del interrogatorio que se hizo en este contexto y conforme la presentación de power point aportada al plenario), en el cual se señala que el perfil de riesgo de la Alternativa Moderada requiere una inversión de largo plazo con tiempo recomendado de inversión de diez (10) años cuando los chats y la misma grabación en llamada de forma clara indican que la actora esperaba el retiro en un (1) año, además de que la actora precisamente al cumplimiento del año comenzó con su solicitud de reintegro de dineros.

Y tal vez lo único fehaciente para acreditar estos aspectos y permitir colegir que la cliente tenía un perfil arriesgado como se concluyó, resulta ser el documento denominado “*ENCUESTA DE PERFIL DE RIESGO GRUPO BOLIVAR*”; sin embargo, este no solamente tiene serías contradicciones con la realidad de perfilamiento de la cliente quién únicamente tenía en su haber CDTs para cuando se vinculó, no contaba con experiencia en el mercado de valores, y la finalidad de su inversión iba encaminada a obtener rendimientos en un horizonte máximo a un año desde la suscripción de la inversión y no contaba con un perfil que le permitiera ser categorizado como un cliente con perfil arriesgado.

Además de lo dicho, la aquí demandante en su interrogatorio señaló que firmó el documento con espacios en blanco, este dicho corroborado por su esposo y testigo William Alberto Rodríguez Caicedo, quien corroboró que la señora Laura Liliana no conocía de inversiones de ninguna naturaleza, que siempre vivió en el cuidado de su padre, que su herencia fue un bien que le dejó su papá y que posteriormente en este inmueble ingresó una servidumbre de energía que produjo los ingresos significativos respecto de los cuáles incluso tuvo que dar apertura a una cuenta para recibirlos pues no tenía algún producto bancario, sino que la intención era tener un CDT como mecanismo de ahorro y que el asesor, señor William solo dijo a su esposa que pusiera la firma, por ende, Laura firmó y a lo cual señaló el asesor que él se encargaba de lo demás, razón por la cual continuaron con la firma y esperando los documentos ya que éste también adujo no le fueron entregados en ese momento porque el asesor señaló que debían remitirse a Bogotá para su revisión.

Y si bien se tachó por el abogado de la demanda el testimonio por su familiaridad e interés, no encuentra esta sede su declaración haya sido contrario a la espontaneidad requerida para este tipo de relatos, menos acomodada en búsqueda de su propio beneficio o de su esposa, por el contrario, como ha quedado expuesto, tiene concordancia con las pruebas aportadas al plenario que dan cuenta de los dichos no solamente de la actora sino de este tercero, lo cual permite darle seriedad e idoneidad a la declaración para tenerse como ciertas las manifestaciones allí contenidas.

A su turno, también da cuenta de la falta de condición de un perfil arriesgado de la aquí actora, el testimonio del señor Edgar Fernando Pérez quien es hermano de la aquí demandante, pues al punto también señaló que su hermana siempre ha permanecido lejos de su profesión de la odontología y solo ha estado al cuidado de su padre, que no ha tenido alguna actividad económica, y que la única fuente de ingresos fue ser la propietaria del inmueble que papá le dejó anticipándole la herencia y el dinero que pudo percibir de la servidumbre de energía que le fue impuesta a la finca familiar.

Empero haber sido tachado por afinidad e interés al testigo, y si analizamos, como reza la normativa, el mirar con mayor detenimiento su declaración para encontrar que en todo caso fue espontánea, no luce antojadiza o en búsqueda de intereses directos, menos cuando se reitera, es concordante con los hechos que se derivan de las demás pruebas aportadas al plenario.

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



Por otro lado, y si bien el asesor William Mauricio Valero aludió haber brindado esta información a la actora, y aun cuando reconoció que la letra del documento donde consta el perfilamiento es suya y sostuvo que el formato se diligenció en presencia y con ocasión a las respuestas brindadas por la aquí demandante, su dicho se desvanece por tres eventos principales. **El primero** por cuanto a la pasiva con ocasión a la carga legal como procesal ante la información de la demandante y sus deberes se le exigía probar que esto fue así, lo cual no hizo; **lo segundo** como quiera que se desdice del contenido de la encuesta frente a la realidad económica de la actora; y **el tercero** porque los demás elementos de prueba se le enfrentan en contrario para darles entonces, dado lo atrás analizado, más peso a ellos que a esta declaración.

Como decantado lo tienen jurisprudencia, “...la autonomía de los falladores de instancia, por cuanto, al ‘(...) enfrenta[rse] dos grupos de testigos, el juzgador puede inclinarse por adoptar la versión prestada por un sector de ellos, sin que por ello caiga en error colosal, pues ‘en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas, corresponde a él dentro de su restringida libertad y soberanía probatoria y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica establecer su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo como fundamento de la decisión desechando otro’ (G.J. tomo CCIV, No. 2443, 1990, segundo semestre, pág. 20) (...)’...”⁹, (Sent. SC16250-2017).

Bajo la misma línea, llama poderosamente la atención de esta delegatura, que este testigo y asesor (profesional del mercado de valores) al momento de la vinculación no dejará constancia escrita de la forma de asesoramiento con sus respectivos soportes más que el perfil que resultó ser el caballito de batalla en todo el proceso e incluso en su declaración para estar el producto designado a la actora. Y si bien aludió que en el año 2019 entregó de forma física copia de estos documentos a la consumidora, en todo caso no lo probó y aun cuando dijo no se requería, no se evidencia que ello lo fuera en razón a que ambos suscribían los documentos, pues una cosa es que ambos firmaran aquéllos y otra distinta la atestación, constancia y de ser el caso como en este litigio, la prueba de su entrega que no suple con la firma que no es sinónimo de entrega, más aún si como se viera el reglamento y la Ley exigían tal constancia.

Además, al indagarle sobre las condiciones de perfilamiento, el análisis de conveniencia del producto para que fuera apto para la demandante y la razón de la conclusión a la cual llegó como asesor para dejar que la cliente quedara en este tipo portafolio, todas sus réplicas tienen un mismo entendimiento y soporte, esto es que la encuesta realizada a la señora Laura dio como perfil arriesgado lo cual hacia estuviera acorde a la política y apta para el portafolio al cual se le vinculó, sin perjuicio que sabía que el único antecedente que había de la consumidora era una inversión en un CDT, producto de características, necesidades de liquidez del cliente y riesgo completamente alejadas de un portafolio invertido en activos o en productos de inversión inmobiliarios como es el PEI.

Y al cuestionarle si realizó alguna consulta adicional o verificación de la información que arrojó esta encuesta, se limitó a señalar que cada una de las preguntas de la encuesta de perfil dice que el cliente está dispuesto a asumir volatilidades o una de ellas, y como la encuesta no implica hacer suposiciones ya que dice si es un cliente apto para cierto tipo de perfil, entonces se acoge al resultado de la encuesta para hacer la presentación y vinculación.

Es decir, su declaración da cuenta que el **único** trámite que llevó a cabo como asesor fue el diligenciamiento del perfil de la cliente por vía de ese cuestionario, sin una evaluación profesional de las

⁹ CSJ SC-12994, sentencia de 15 de septiembre de 2016, rad. 2010-00111-01. En el mismo sentido: CSJ SC, 15 May. 2001, Rad. 6562; CSJ SC, 14 Dic 2010, Rad. 2004-00170-01; 18 Dic. 2012, Rad. 2007-00313-01.

necesidades y riesgos a asumir por el cliente, tal y como lo manifestará igualmente la representante legal de la fiduciaria en su interrogatorio, documento que le sirvió en su dicho al asesor, pues no existe otro soporte como la constancia escrita de otro tipo de análisis conforme lo exige la norma y su mismo reglamento, el dejar soporte de cumplimiento de cara a los deberes de información, asesoría y estudio de conveniencia.

Igualmente, al preguntarle frente a la experiencia de la demandante para afiliarse a estos productos, señaló que le iba diciendo las preguntas de la encuesta de perfil, que no sabía qué experiencia tenía en esa clase de portafolio y sin preguntarle para que necesitaba la inversión, cuál era su interés de retorno, si busca o no arriesgar el capital todas preguntas exigidas por la ley y el instructivo interno que guiaba la forma como debía desarrollar correctamente su labor.

Cuando lo cierto es que conforme las pruebas ya indicadas, y a pesar de ese perfilamiento, tal y como señalará la demandante en su interrogatorio, lo pretendido por ella en suma era la adquisición de un cdt o algo similar, pues era lo único que conocía y de ello da cuenta su nula experiencia en el mercado de valores, y de ello da cuenta la certificación allegada al proceso por la Bolsa de Valores de Colombia (derivado 47), quien manifestó acerca de la señora Liliana Pérez Rodríguez, identificada con la cedula de ciudadanía 37.556.301 que *“una vez realizada la búsqueda en las bases de datos de los sistemas transaccionales y de registro de los mercados de renta fija y renta variable que administra **bvc** para el periodo requerido, no se encontraron operaciones asociadas al número de identificación de la persona que se averigua”*.

Tal conclusión acerca de la experiencia de la demandante en el mercado de valores se corrobora con la respuesta dada en tal sentido por el Depósito Centralizado de Valores, quien al ser consultado por esta Delegatura si para el periodo del mayo de 2018 a mayo de 2019, reposaba a nombre de la acá demandante algún deposito sobre títulos valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, señaló que si bien *“se evidenció que la persona que se averigua es titular de una cuenta de depósito de valores, pero no posee saldos o anotaciones a su nombre para el periodo requerido*. Circunstancias que ponen de presente que la acá demandante no tenía experiencia alguna sobre vehículos de inversión invertidos en Títulos Participativos como los emitidos por el PEI que constituían parte del portafolio del **MULTIPORTAFOLIO DE INVERSIÓN CERRADO ‘DAFUTURO INMOBILIARIO 7**

Ahora, si bien le informaron que era un portafolio lo que estaba suscribiendo y la rentabilidad de este, lo cierto es que no obra prueba alguna de que le hubiese sido informada no solo las características del producto, o sus riesgos y mucho menos que el mismo se adecuara a la acá demandante, sino que en forma alguna se probó, más allá del diligenciamiento del formulario de vinculación y perfilamiento, que la acá demandada a través de su asesor hubiere brindado de manera oportuna información clara, comprensible y sobre todo verificaban más allá de los contratos que se suscribieron, respecto del producto o servicio que pretendía adquirir en su momento la señora LAURA LILIANA PÉREZ RODRÍGUEZ.

Es así como es posible establecer, **la existencia de la relación contractual** que no fue objeto de discusión, **la conducta culposa** que se traduce en la falta de deberes contractuales y legales de la sociedad fiduciaria como quedara expuesto, conducta que se soporta en que no se acataron o por lo menos no se probaron llevará a cabo frente a la aquí demandante las cargas de información, asesoría, perfilamiento y estudio de conveniencia que requería el producto que condujeron de forma errónea a su afiliación en el portafolio dafuturo 7 en portafolio PEI y **un perjuicio** patrimonial que se traduce precisamente en que la aquí demandante se vio en la imposibilidad de obtener su dinero al momento en que comenzó a pedir su redención, septiembre de 2019.

Del daño

Así, dada la falta de deberes de información, este incumplimiento genera un nexo causal necesario para generar el daño soportado por ella, pues el mismo no se habría originado sí, adecuadamente hubiera sido perfilada y hubiera realizado su inversión en un portafolio diseñado para clientes con perfil conservador.

Y es que según lo demostrado en el proceso, conforme lo indica el extracto allegado con la demanda correspondiente al periodo de 2022/01/01 al 2022/01/31 y con fecha de emisión 2022/02/01 el detrimento patrimonial sufrido por la consumidora se materializa en el hecho que de los \$600.000.000,00 invertidos a dicho momento contaba con \$473,634,715,00 a la fecha de corte, sin que esté por demás señalar que la ley claramente indica que “...los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, **serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información.**”, (art. 23 L. 1480, resaltado ajeno al texto).

De ir más allá, frente al nexo de causalidad, basta con citar lo que en relaciones contractuales ha ilustrado la Sala de Cas. Civil de la C. S. de J., que “...[e]n las obligaciones contractuales, se da por supuesto que los daños previsibles o pactados tuvieron su origen en el incumplimiento del contrato o en su cumplimiento defectuoso o retardado (artículo 1616 del Código Civil), por lo que no hay que probar la relación de imputación pues ésta se entiende incorporada de antemano en el contrato. El contrato es la norma de adjudicación que permite atribuir al deudor los daños derivados de su incumplimiento.”, (Sent. SC780-2020 del 10 de marzo de 2020, Radicación No. 18001-31-03-001-2010-00053-01, resaltado ajeno al texto).

Superados los elementos de responsabilidad, queda por establecer la forma de resarcimiento. Para el efecto, y conforme se pidiera en prueba de oficio, se allegó certificación de la relación de portafolios que como administradora de fondos de pensiones ofrecía al público la pasiva el 29 de mayo de 2019 junto con la relación de los más conservadores, en donde se dispuso la simulación del comportamiento de la inversión de los \$600.000.000 de pesos entregados por la consumidora, la señora Laura Liliana Pérez, desde el 29 de mayo de 2019 hasta al 30 de septiembre de 2020.



Fiduciaria

Bogotá D.C., 28 de marzo de 2023

FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A.
NIT 800.182.281-5

CERTIFICA:

1. La relación de portafolios que como administradora de fondos de pensiones ofrecía Fiduciaria Davivienda S.A al público el 29 de mayo de 2019 eran los siguientes:

| Portafolio | Perfil |
|---------------------------|-------------|
| Acciones Global | Arriesgado |
| Acciones Colombia | Arriesgado |
| Diversificado Dinamico | Arriesgado |
| Renta Fija Global | Arriesgado |
| Diversificado Moderado | Moderado |
| Renta Fija Pesos | Moderado |
| Estable | Conservador |
| Capital | Conservador |
| Diversificado Conservador | Conservador |

2. De la anterior relación, se indica que los portafolios más conservadores eran el Estable, Capital y Diversificado Conservador.

3. Por último, se certifica qué hubiera pasado con la inversión de 600.000.000 COP desde el 29 de mayo de 2019 hasta al 30 de septiembre de 2020, si la señora Laura Liliana Pérez hubiera invertido en ese fondo conservador y se proyecta la simulación con los portafolios Estable y Capital.

 @SFCsupervisor

 Superintendencia Financiera de Colombia

 Superintendencia Financiera de Colombia

 superfinanciera



Imagen que da cuenta que los portafolios acordes al perfil y expectativas de la aquí demandante correspondían a un perfil conservador, y apropósito de los cuales se hubiese tenido conforme se pidió en prueba de oficio los siguientes resultados:

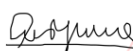
| INFORMACIÓN DE LA INVERSIÓN EN PORTAFOLIO ESTABLE | |
|---|------------------|
| Monto Total De Inversión | \$ 600.000.000 |
| Saldo Final De La Inversión | \$ 631.877.776 |
| Multiportafolio En El Que Esta Invertido | DAFUTURO ESTABLE |
| Participación Del Multiportafolio En La Oferta | 100% |
| Monto De Inversión Multiportafolio | \$ 600.000.000 |
| Comisión Que Aplica Por Multiportafolio | 3,00% |
| ¿Aplica Devolución De Comisión? | Si Aplica |
| Devolución De Comisión | 40% |
| Unidades | 42.272,34 |
| Fecha Inicial De Proyección Del Multiportafolio | 5/29/2019 |
| Rentabilidad Ea Calculada En 490 Días | 3,93% |
| Devolución De Comisión En Promedio De 1 Mes | \$ 598.993 |
| Total De Devolución En El Periodo Observado | \$ 9.583.884 |

| INFORMACIÓN DE LA INVERSIÓN EN PORTAFOLIO CAPITAL | |
|---|------------------|
| Monto Total De Inversión | \$ 600.000.000 |
| Saldo Final De La Inversión | \$ 627.799.404 |
| Multiportafolio En El Que Esta Invertido | DAFUTURO CAPITAL |
| Participación Del Multiportafolio En La Oferta | 100% |
| Monto De Inversión Multiportafolio | \$ 600.000.000 |
| Comisión Que Aplica Por Multiportafolio | 1,75% |
| ¿Aplica Devolución De Comisión? | No Aplica |
| Devolución De Comisión | 0% |
| Unidades | 59.771,26 |
| Fecha Inicial De Proyección Del Multiportafolio | 5/29/2019 |
| Rentabilidad Ea Calculada En 490 Días | 3,43% |
| Devolución De Comisión En Promedio De 1 Mes | \$ 0 |
| Total De Devolución En El Periodo Observado | \$ 0 |

Así las cosas, para el 30 de septiembre de 2020 el saldo final de la inversión en los portafolios Estable, Capital e Inmobiliario Dafuturo VII eran los siguientes:

| Saldo final de inversión de los Portafolios al 30 de septiembre de 2020 | |
|---|----------------------------------|
| Estable | \$631.877.776 |
| Capital | \$627.799.404 |
| Inmobiliario VII | \$633,555,759 (Anexo 2 Extracto) |

Atentamente,



Firmado digitalmente por LUIS
ALBERTO CHAPARRO SANCHEZ
Fecha: 2023.03.28 16:44:03
+05'00'

LUIS ALBERTO CHAPARRO SÁNCHEZ
Representante Legal Suplente

Ahora, como se evidencia de la conducta de la señora Laura Liliana que en todo caso, sí deseaba invertir en un portafolio que le permitiera el retiro en un corto plazo, esto es, al año siguiente de su constitución, para obtener un reintegro de los dineros junto con unos rendimientos ajustados a ese tipo de contrato, es que bajo tal criterio y de haberse invertido en el portafolio más conservador administrado por la sociedad fiduciaria (señalar aquí el nombre del producto tomado como referencia) **el portafolio capital** da cuenta de una inversión precisamente de corto plazo con una volatilidad de riesgo conservador y propendiendo por la preservación del capital invertido, por ende, como la documental en comento da cuenta que este producto de haberse tomado hubiese con corte al 30 de septiembre de 2020, fecha de solicitud de retiro del portafolio DAFUTURO Inmobiliario, hubiese obtenido un reintegro de su capital con un rendimiento que en total ascendía a \$627.799.404,00, razón por la cual se dispondrá el reintegro de este valor con cargo al patrimonio de la demandada, esto, es, \$600.000.000 por capital más \$27.799.404 de rendimientos,

Además, como estas sumas para dicho hito, septiembre de 2020, y en la hora actual dado el hecho notorio han sufrido una desvalorización por el cauce del tiempo, habrá de reconocerse la actualización conforme el consolidado emitido por el DANE del IPC desde la fecha expuesta a la fecha de esta sentencia según la serie de empalme que obra en la página web de dicha entidad, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>, cuya fórmula reconocida trata de Valor Real (vr) es igual (=) a Valor Histórico (Vh) multiplicado por el resultado que da de dividir (/) el IPC Actual (IPC Act.) último frente al IPC inicial (IPC. Inic.) del momento histórico donde se debió realizar el pago.

Esto es, en otras palabras, $Vr. = Vh. \times (ipc. act / ipc. inic)$, para arrojar esta operación matemática y como reintegro por ambos conceptos la suma de \$785.688.630,³⁹.

| | | |
|-----------------------|--------------------------|-------------------------|
| Vh | \$ 600.000.000,00 | \$ 27.799.404,00 |
| Ipc Inicial - sept/20 | 105,29 | 105,29 |
| Ipc Actual - marz/23 | 131,77 | 131,77 |
| Vr | \$ 750.897.521,13 | \$ 34.790.839,25 |
| Total | \$ 785.688.360,39 | |

Indexación que responde a criterios de justicia y equidad ante la pérdida adquisitiva de la moneda y procede aun de oficio conforme lo ha enseñado la jurisprudencia de la Sala de Cas. Civil de la C. Sup de la J., (Sent. 12/ag/2005 Exp. 1100131030211995-09714-01, entre otros) y por demás así lo exige el art. 1634 del CC., pues para que el pago sea válido debe serlo de forma completa, esto es, con todos sus componentes.

Además que es deber la reparación integral que trae el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 283 del Código General del Proceso, sobre los cuales la jurisprudencia ha indicado que “...al afectado por daños en su persona o en sus bienes, **se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior...**, y por eso, acreditada la responsabilidad civil, **el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio’**» (negrilla fuera de texto, SC5340, 7 dic. 2018, rad. n.º 2003-00833-01, reitera el precedente SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).”, (Sent. SC2847-2019 del 26 de julio de 2019, Radicación N.º 41001-31-03-002-2008-00136-01, negrillas ajenas al texto).

Pues “**Lo anterior significa que el juez tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y ecuaníme de los perjuicios que sufre la víctima y le son jurídicamente atribuibles al demandado, (...) La reparación integral de los perjuicios exige, de igual modo, que en cada caso el juez tome en consideración las circunstancias específicas en que tuvo lugar el hecho dañoso (...)**”, (Sent. SC9193-2017 del 28 de junio 2017, Radicación N.º 11001-31-03-039-2011-00108-01, resaltados ajenos al texto).

Sobre este valor de no pagarse en la oportunidad señalada en la sentencia, se causarán intereses de mora a partir del día siguiente y a la tasa máxima de intereses moratorios consagrados en el artículo 884 del C. de Co., norma aplicable pues el negocio es por su esencia mercantil, (arts. 20 y ss. Ib.).

No se accederá a las demás pretensiones, la de reconocimiento de interés en cuantía de \$234.204.000,00 en tanto se toma como fuente el interés bancario corriente que no es aplicable a cualquier tipo de producto financiero, ya que como se viera estaría atado a fluctuaciones, pero además, no es de aquéllos considerados de naturaleza activa como los créditos sino a lo sumo de los pasivos como son los de ahorro cuyo rendimiento o reconocimiento monetario es menor a este intereses.

Las de \$40.000.000,00 y \$5.099.000,00 por crédito que alude la demandante tomó con el Banco Davivienda S.A. de forma obligada para poder vivir congruamente ante la imposibilidad de disponer de sus recursos destinados al Multiportafolio de Inversión Cerrado DAFUTURO INMOBILIARIO 7, no tienen o se evidencia conexidad con el portafolio, por un lado, porque estos créditos en su capital en todo caso fueron usados por la actora y la sentencia no puede ser fuente de enriquecimiento sin causa, y de otro, porque a lo sumo, que ni siquiera se alegó, el perjuicio podría radicar no en pedir estos créditos en su totalidad sino la diferencia de los intereses que tuvo que pagar enfrentados a los dineros que pudiera o debiera percibir al tener que asumir un mayor valor en el pago de estos créditos con ocasión a la no entrega de los dineros invertidos en el portafolio, evento que por demás no fuere probado conforme le obligaba el artículo 164 y ss. del CGP.

En lo que toca con una posible sanción por vía de prestación indebida del juramento estimatorio, expuesta en los alegatos de conclusión (artículo 206 del CGP.), no se advierte haya lugar a su declaración como quiera que en aplicación de los precedentes señalados en las Sentencias C-157 de 2013, C-227 de 2009 y C-662 de 2004 no se avizora “...la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias...”.

De ir más allá, pese a ser suficiente lo anterior, hade tenerse en cuenta que la cantidad estimada no excede en el cincuenta por ciento (50%) a la que resultó probada, conforme imagen que se expone.

| | Pedido | Concedido | 50% |
|------------------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| Dif dsimunicón valores | \$ 103.000.000,00 | | |
| % bancario | \$ 234.204.000,00 | | |
| Crédito banco | \$ 40.000.000,00 | | |
| Crédito banco | \$ 5.099.000,00 | | |
| Total pretensiones | \$ 382.303.000,00 | \$ 785.688.360,39 | |
| Capital Inversión | \$ 600.000.000,00 | | |
| | \$ 982.303.000,00 | \$ 785.688.360,39 | \$ 491.151.500,00 |

No se condenará en costas, al no encontrarse causadas ni comprobadas, además que las pretensiones salieron adelante de manera parcial, (numerales 5º y 8º del artículo 365 del CGP.).

DECISIÓN

Conforme con lo expuesto, la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por la demandada.

SEGUNDO: DECLARAR civil y contractualmente responsable a la sociedad fiduciaria, FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A.

En consecuencia, se le **CONDENA** a pagar a la demandante, señora LAURA LILIANA PÉREZ RODRÍGUEZ, dentro del lapso de 8 días contados desde la ejecutoria de la decisión, la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS M/CTE., (\$785.688.630,³⁹).

Vencido este período judicial se causarán intereses de mora a la tasa del artículo 884 del C. de Co.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: La sociedad Fiduciaria deberá acreditar **EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA** en un lapso de CINCO (5) días posteriores al término otorgado para sufragar la suma a que fuere condenada, para este fin allegue los documentos idóneos que así lo acrediten so pena de dar paso al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JORGE HUMBERTO TINJACA GARCÍA

80030-COORDINADOR DEL 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 <u>24 de abril de 2023</u>  MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario |

