

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2021173273-086-000

Fecha: 2023-09-21 11:39 Sec.día484

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 : 2021173273-086-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2021-3317
Demandante : JOSÉ ALFONSO MÉNDEZ GUERRERO

Demandados : FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.

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

SENTENCIA

El señor José Alfonso Méndez Guerrero por medio de apoderado judicial demandó a Fiduciaria Corficolombiana S.A., para que se declare su responsabilidad a propósito de los dineros “...*consignados en la cuenta de la fiducia número 220020005111, a nombre de la mencionada...*”, y se ordene su pago por “...*la suma que asciende a CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$110.000.000.00) con sus respectivos intereses corrientes y moratorios.*”, así como reconocerle el valor de \$257.209.445.00 M/cte., por concepto de perjuicios tasados y discriminados en la demanda.

Sustento de lo anterior, en síntesis, señala en el libelo, suscribió el 19 de enero de 2017 contrato de promesa de compraventa con el Grupo STIRLING S.A.S., en aras de adquirir un local identificado con el número 221 con un área aproximada de 387,34 m² respecto de la segunda planta del proyecto Centro Comercial Estación San Pedro.

Que consignó el 11 de julio de 2016 en su nombre y con formato de referencia 19476364, en el banco Bancolombia S.A., la cantidad de \$110.000.000,00, en la cuenta de CORFICOLOMBIANA con cargo a la Tarjeta de Recaudo “ENCARGO No. 220020005111” según da cuenta el documento allegado de transacción No. 32456518 el cual tiene el respectivo sello de pago.

Que visto no se cumplieron las condiciones previstas para obtener el punto de equilibrio conforme lo pactado lo cual debía darse el día 30 de junio de 2017, debieron devolverse los dineros consignados lo cual no sucedió.

Que por escrito del 4 de abril de 2019 solicita a la fiduciaria la devolución del dinero consignado al encargo No. 220020005111 del Proyecto Centro Comercial Estación San Pedro, sin embargo, se le informó que la suma fue entregada al Grupo Stirling situación que de su parte no autorizó, (derivado 000).

Notificada la pasiva presentó escritos de contestación y llamado en garantía al Grupo Stirling, el primero por medio del cual pidió fueran declaradas probadas las excepciones *“AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, “AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO”, “PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO”, “AUSENCIA DE PRESUPUESTOS AXIOLOGICOS PARA LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL FRENTE A MI REPRESENTADA, HABIDA CUENTA ENTRE OTROS, DE LA INEXISTENCIA DE RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE JOSÉ ALFONSO MÉNDEZ GUERRERO Y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.”, “ACEPTACIÓN TÁCITA Y RATIFICACIÓN POR PARTE DEL DEMANDANTE DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS EN FAVOR DE GRUPO STIRLING S.A.S. CON LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA POSTERIOR”, “INEXISTENCIA DE DAÑO”, “NO PROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES REMUNERATORIOS NI MORATORIOS EN EL PRESENTE CASO”, “TASACIÓN EXCESIVA DE LOS EVENTUALES PERJUICIOS. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO EN LOS TÉRMINOS DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO”, (derivados 008 al 010).*

A su turno el llamado en garantía, Grupo Stirling S.A.S., ante la imposibilidad de ser notificado, le fue designado curador *ad litem* quien en su nombre se notificó y contestó la demanda para proponer como medios de defensa los que denominó, *“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “RESPONSABILIDAD DE FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA”, “COBRO EXAGERADO DE PERJUICIOS” e “INEXISTENCIA DE PERJUICIO MORAL”, (derivado 065).*

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 en el siguiente orden:

De los presupuestos generales de la demanda.

Se analizan las excepciones planteadas por la pasiva denominadas, *“AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, “AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “AUSENCIA DE PRESUPUESTOS AXIOLOGICOS PARA LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL FRENTE A MI REPRESENTADA, HABIDA CUENTA ENTRE OTROS, DE LA INEXISTENCIA DE RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE JOSÉ ALFONSO MÉNDEZ GUERRERO Y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.”* y la de la apoderada del llamado que se señaló como *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*.

Todas tendientes a desarrollar en síntesis, planteamientos de la carencia de existencia de relación contractual en la medida que el demandante fue excluido del encargo al no superar las políticas de riesgo de la fiduciaria lo que cual da paso a una responsabilidad a lo sumo extracontractual, así como debe

analizarse que el demandante en ningún momento suscribió un contrato o carta de instrucción para vincularse formalmente y con cumplimiento de todos los protocolos al Encargo Fiduciario de Administración de Recursos en su fase previa del Encargo Fiduciario Proyecto Estación San Pedro razón por la cual no puede ser entendido como consumidor financiero.

Pues bien, ha de señalarse de entrada que tales hipótesis no tienen asidero en este asunto de raigambre especial, concreto y específico en materia financiero regido en primer término por las normas especiales, (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Ley 1328 y Circulares emitidas en desarrollo de este precepto) y en lo allí no regulado, en las generales conforme su especificidad, especialidad y jerarquía, (Ley 1480 y normas que regulan el contrato o son conexas al servicio prestado).

En efecto, lo primero a referir es que las nociones a que hace mención la pasiva, deben ser analizadas en el contexto debido y de cara al tipo de negocio llevado a cabo, esto es, que las aplicables a este litigio como las de **productos y servicios, contratos de adhesión, queja o reclamo y entidades vigiladas**, así como la condición de **consumidor financiero**, no contempladas en la regla general de consumidor señaladas en la Ley 1480, debe acudir a la norma especial prevista la definición para este tipo de escenario y que trae la Ley 1328 de 2009.

Regulación que define el tema así: “e) **Productos y servicios: Se entiende por productos las operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros.**”, “f) **Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.**”; “g) **Queja o reclamo: Es la manifestación de inconformidad expresada por un consumidor financiero respecto de un producto o servicio adquirido, ofrecido o prestado por una entidad vigilada y puesta en conocimiento de esta, del defensor del consumidor financiero, de la Superintendencia Financiera de Colombia o de las demás instituciones competentes, según corresponda.**” y “h) **Entidades vigiladas: Son las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.**”, (resaltados ajenos al texto).

Por otro lado, de cara a la noción de consumidor, dice la norma, “d) **Consumidor financiero: Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.**”.

Posteriormente desarrolla cada definición y dice: “a) **Cliente: Es la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.**; b) **Usuario: Es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada.**; y c) **Cliente Potencial: Es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.**”, (art 2º Ley 1328 de 2009, resaltados ajenos).

Y en su objeto se señala “**Para los efectos del presente Título, se incluye dentro del concepto de consumidor financiero, toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores.**”, (art. 1º ib., resaltado ajeno al texto).

Es decir, no todo consumidor cuenta con una relación contractual, pues trae clasificaciones que determinan al consumidor dada su calidad de usuario en la prestación del servicio sin existir contrato e incluso de cliente potencial quien se vincula en la fase previa pero no puede continuar con el desarrollo y vinculación definitiva.

Consecuencia de lo anterior, es evidente que la parte actora y la pasiva, de cara al negocio materia de discusión, contrato de fiducia en su modalidad de encargo y el cual es de raigambre financiero y materia de estudio, sí tienen la condición de un lado de consumidor y del otro de vigiladas y prestadoras de un servicio financiero que es en últimas de donde debe verificarse brota o no la responsabilidad que aquí se endilga, y en dicho contexto cuentan con capacidad de ser parte procesal (art. 53 del CGP.) en este litigio.

Los primeros en aras de defender su patrimonio como consumidores financieros lo cual por Ley les asiste ese derecho, y lo segundos, al ser entes vigilados y regulados por la Superintendencia Financiera de Colombia de cara al objeto social que se les permite realizar por el Estado dada la autorización que fuere emitida en este sentido y que es excluyente frente a otros sujetos que hacen parte del negocio por vía contractual.

Al respecto han decantado la doctrina y jurisprudencia, sobre la calidad de consumidor **en materia financiera** señaló:

*“..En esta medida, la Ley 1328 de 2009, ‘Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones’, al consagrar la definición de consumidor financiero, **no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución, pero con las connotaciones ya esbozadas en acápites anteriores.***

*Sin embargo, los componentes de desigualdad y asimetría, advertidos por esta corporación en punto a los extremos de negocios, con fundamento en los postulados del artículo 78 superior, **no suponen una aplicación diferenciada frente al consumidor nato o al calificado, como para entender excluidos de la noción de consumidor, a actores de una u otra condición o característica, por eventuales supuestos de igualdad y/o correspondencia en la relación de consumo, dado que lo importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario.**”, (Sent. C-909 de 2012, resaltados ajenos).*

Y concluye “...Reitera la Corte que, así como la libertad económica plantea alcances, limitaciones, obligaciones y controles de parte del Estado, en función del interés general, **también en esta esfera de intervención se ubica el consumidor de bienes y servicios por sus vínculos cotidianos con las diversas actividades del mercado**, requiriendo para ello protección constitucional y legal, ante las desigualdades surgidas de la relación en que participa.”.

Por su lado en Sentencia SC-2879 de 2022 se dijo:

*“En sentencia C-909 de 2012 la Corte Constitucional dilucidó el concepto de consumidor para efectos de su protección constitucional y legal, entendiéndolo como «(i) el destinatario final, que mediante (ii) un acto de consumo, busca (iii) la satisfacción de una necesidad intrínseca, (iv) no en el ámbito de una actividad económica propia, reubicándose el desequilibrio en la relación productor y/o expendedor, de una parte, y consumidor, de la otra». Esta concepción fue adoptada por el Estatuto del Consumidor, que reconoce además la existencia de una pluralidad de actores en los distintos sectores de la economía, **que al vincularse en la búsqueda del producto o servicio específico serán «un consumidor determinado y calificado», como sería el consumidor financiero.***

(...) En la misma sentencia C-909 de 2012, señaló la Corte Constitucional que la Ley 1328 de 2009, al consagrar la definición de ese consumidor financiero, **«no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución»**, consumidor financiero que puede ser nato o calificado, pues «lo que importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario».», (resaltados ajenos al texto).

Igualmente, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá adujo:

“...En conclusión, el contrato fiduciario (...) tiene carácter financiero, y quienes hacen parte del negocio, como los beneficiarios de área, entre otros, tienen la calidad de consumidores financieros frente a la fiduciaria, a términos del antedicho art. 2 de la Ley 1328 de 2009, entendido como ‘todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas’...”, (Proveído del 11 de septiembre de 2019, Rad. 11001 22 03 000 2019 1261 – 00 Exp. 4795, negrillas ajenas al texto).

Por otro lado, se sostiene que no existe relación contractual como quiera que el demandante no firmó el encargo y fue excluido de este dado su nivel 3 de riesgo LA/FT conforme las políticas de la sociedad fiduciaria.

Pues bien, al parecer se confunden o pretenden entremezclarse nociones de confección y existencia del contrato de fiducia en su componente de encargo con situaciones posteriores que pueden dar su retiro, así como desconocer la consensualidad de este tipo de negocio para tildarlo de un requisito legal a cumplir como si fuese de aquellos revestidos de solemnidad (*ab substantiam actus*).

En efecto, ha de recordarse que con la disposición primigenia contenida en el artículo 1228 del C. de Co., no cabía discusión alguna de la solemnidad de constar por escrito este tipo de contratos y elevarlo a escritura pública, sin embargo, de cara a la modificación introducida con el inciso 1º del artículo 16 de la Ley 35 de 1993 esta situación se morigeró, pues en esta disposición, por demás posterior¹, se dijo:

“...Las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional.”, norma incorporada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Artículo 146, Numerales 2 y 3.).

Precepto que volvió a traerse a colación, pero incluso con más detalle y claridad por vía del artículo 2.5.1.1.1 del Decreto 2555 de julio 15 de 2010 publicado en el Diario Oficial No. 47.771 de 15 de julio de 2010, norma por medio de la cual **“...se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.”**, pues se señala:

¹ “El artículo 5º de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad **que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año.**”, (Sent. C-005 de 1996, resaltado ajeno al texto).

“Los contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles.”, mismo contexto que trae la Circular Externa 29 de 3 de octubre de 2014, (parte segunda, título segundo, capítulo primero), la cual al tenor del literal u) del artículo 7° de la Ley 1328 debe ser observada y acatada por las entidades vigiladas, pues es obligación especial el observar en desarrollo de sus contratos y prestación del servicio “u) 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.”.

Es decir que con mediana claridad la norma no prevé alguna solemnidad en este tipo de contrato de encargo, en tanto se requiere la entrega de los dineros (bien mueble y fungible), con la finalidad de la debida administración de estos recursos y la devolución posterior **al encargante** (cliente) una vez terminado este por cualquier causa, por ende, no asiste razón al dicho que por no haberse suscrito la documental del encargo por la fiduciaria, el contrato era inexistente y menos que no se diera la relación de consumo entre consumidor financiero y vigilada, por supuesto, sin que sea dable al Juez interpretar la norma so capa de consultar su espíritu pues no opera sobre disposiciones que son diamantinas, (art. 27 CC.).

Nótese en lo que toca con el trámite de vinculación que, el señor Méndez Guerrero sí suscribió el documento denominado formulario único de conocimiento – persona natural, el cual tiene fecha de 21 de junio de 2016 (**imagen 1**), documento que además contiene anotación contentiva en el espacio que indica que es exclusivo de la entidad con data del 11 de julio de 2017, es decir, lo conoció la pasiva, y el cual señala que según los formularios es una persona apta para la vinculación (**imagen 2**), igualmente que para dicha fecha, suscribió el documento de firmas del encargo (**imagen 3**), seguidamente se le entregó por el promotor por medio de comunicación escrita la tarjeta de recaudo (**imágenes 4 y 5**), y procedió con este instrumento establecido como uno de los métodos de pago a la consignación de los \$110.000.00,00 al encargo en comento el día 11 de julio de 2016, (**imagen 6**).

Todo esto da cuenta que en efecto existió una propuesta seria de ser considerado parte por vía de su vinculación a este fideicomiso, y que contrario a lo expresado por la pasiva, dicho por demás huérfano de prueba, en el momento de tiempo aquí indicado no se conocía que no era apto por las políticas de riesgo de la fiduciaria, circunstancia que solamente se vino a exteriorizar hasta el 25 de agosto de 2016 a la hora de las 07:22 PM., conforme lo señala el correo electrónico allegado (**imagen 7**).

Y si esto es así, como en efecto lo es, no es posible aducir por la demandada que el aquí actor no tuvo la calidad de encargante y menos de consumidor, cosa distinta resulta del hecho que después de agosto se advirtiera la condición de riesgo y se decidiera no acogerlo dadas sus políticas, aspecto que más adelante habrá de ahondarse para establecer bajo la regla de diligencia, previsibilidad y mandato, si era posible entregar o no estos dineros al fideicomitente, para que este se los entregara al aquí actor y en atención a la instrucción que en ese sentido le fuere emitida a la fiduciaria con ocasión a sus deberes contractuales y por supuesto los legales dada su calidad de experto en este tipo de mercado y visto que su conducta es calificable no al nivel de un ciudadano común, menos incluso como buen padre de familia sino de connotación de buen hombre de negocios.

Imagen 1

Imagen 2

☐ Vehículo ☐ Edificio ☐ Terreno ☐ Otros ☐	VI. CONTROL DE DOCUMENTOS * Fotocopia del Documento de Identificación. ☐ Fotocopia del Ingreso al Registro de la Propiedad, certificado de ingresos y retenciones o al documento que corresponda en el Documento de Identificación, con los gravámenes correspondientes (en sus casos que aplique). ☐ Fotocopia de otros ingresos (obligaciones de actividades adheridas a la principal), si aplica. ☐ Estados Financieros certificados a la fecha de emisión (cuando aplique). ☐ Copia del Poder Vigente y/o constancia de vigencia notarial, si es apostillado. ☐ Copia del Acta de Designación del Tutor o Curador del apalilado. ☐ Copia Registro Civil, cuando el representante sea la madre o el padre. ☐ Otro documento, específico cuál
VIII. ESPACIO EXCLUSIVO PARA LA ENTIDAD	
1. Realización de la Entrevista Fecha de la Entrevista: <u>11/01/2016</u> Hora: <u>11:00</u> Lugar/Dirección donde se realiza la entrevista: <u>Cra 35 # 53A 40 Bogotá</u> <i>El señor José Alonso Mondaca según primerizo es una persona que por su vinculación.</i> Nombre de quien realizó la entrevista: <u>Alfonso López</u> Función: <u>Comercial</u> Nombre del funcionario responsable de la vinculación del PEP:	2. Verificación de la información (*) Nombre del funcionario: _____ Cargo: _____ Fecha: _____ Resultado de la verificación : _____ Firma: _____ Datos del funcionario que vincula: Nombre: _____ Cargo: _____ Fecha: _____ Firma: _____

Imagen 3

Página | 7

Bancolombia		FORMATO TRANSACCIONAL		No. 32456510	
TIPO DE TRANSACCION		CONSIGNACION A:		CREDITO ☐ CREDITO HIPOTECARIO ☐	
		☐ CTA AHORROS ☐ RECARGO ☐ TARJETA CREDITO ☐			
NUMERO PRODUCTO		NUMERO TITULAR		OLVIDO ☐ TELÉFONO ☐	
CONVENIO					
PARA DEPÓSITOS Y RECARGOS PARA PAGOS DE CHEQUES / PAGOS RECARGOS		REFERENCIA PARA PAGOS CREDITO Y TARJETAS DE CREDITO		TIPO DE OPERACION ☐ CUOTAS A PAGAR CREDITO HIPOTECARIO	
				☐ PAGO CUOTA / PAGO MÍNIMO ☐ CANCELACIÓN / PAGO TOTAL ☐ ABONO A CUENTA ☐ INTERESES TRIMESTRALES ☐ ABONO EXTRAS O PRIORITAS ☐ OTRO	
CONCEPTO VALOR CONCEPTO VALOR		FORMA DE PAGAR ☐ PESOS ☐ DOLARES		OTRO ☐ OTRO	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
DETALLE DE LOS CHEQUES		DETALLE DE LOS CHEQUES		DETALLE DE LOS CHEQUES	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
CANTIDAD CHEQUES TOTAL CHEQUES		CANTIDAD CHEQUES TOTAL CHEQUES		CANTIDAD CHEQUES TOTAL CHEQUES	
NEGOCIADA ☐ SI ☐ NO (Aplica para remesas) Las consignaciones de cheques de otros bancos en las ciudades portuarias...		TOTAL Efectivo		TOTAL Efectivo	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12 13 14 15	
CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR		CIUDAD CTA CORRENTE BANCO CHEQUE No. VALOR	
1 2 3 4 5		6 7 8 9 10		11 12	

Imagen 7

De: Diana Esneth Rubio Espinosa
Enviado el: jueves, 25 de agosto de 2016 07:22 p.m.
Para: estacionsanpedro1@gmail.com
CC: Erika Alejandra Cuevas Rubiano; Hugo Salamanca Tiguaque; Ana Maria Diaz Fonseca
Asunto: TRAMITE DOCUMENTOS DE VINCULACION - ESTACION SAN PEDRO

Buena Tarde

De manera atenta, una vez efectuada la revisión de la documentación SARLAFT recibida, adjunto nos permitimos realizar las siguientes observaciones:

93137473	LUIS FERNANDO DIAZ ROMERO	REALIZO DEVOLUCION DEL FORMULARIO DE CONOCIMIENTO HACE FALTA RESULTADO DE LA ENTREVISTA, DEBEN CORREGIR LA CIUDAD DE LA DIRECCION ES ERRADA, NO CORRESPONDE A BOGOTA
19467364	JOSE ALFONSO MENDEZ GUERRERO	LA COMPAÑÍA DONDE TRABAJA BENEFICIARIO PRESENTO ARROJO SEVERIDAD 3 , POR FAVOR ME CONFIRMAN EL MONTO DEL BIEN INMUEBLE EN \$ Y SI EL BENEFICIARIO A REALIZADO ALGUN APOORTE .
52838847	PAOLA ANDREA VILLAMIL ROJAS	FALTA COPIA DE LA CEDULA DEL BENEFICIARIO, SOPORTE DE INGRESOS

En consecuencia, por donde se mire la situación fáctica expuesta, es claro que tiene la aquí demandada en su condición de vigilada una conducta que no le es posible desconocer frente al aquí demandante señor José Alfonso Méndez Guerrero, en tanto por un lado, el contrato surgió con la oferta, por demás sería, emitida de su posible vinculación incluso con papelería de la misma sociedad fiduciaria y posterior traslado de las sumas de dinero entregadas por vía de consignación por el aquí demandante y a su nombre con destino al encargo por medio del instrumento previsto para ello, tal y como dan cuenta los recibos de consignación y tarjeta de recaudo 220020005111 puestos de presente como pruebas e incluso expuestos en la última audiencia en el momento de interrogatorio al representante legal de la pasiva, quien reconoció ese instrumento era fuente de este recaudo (vistos a derivado 000 anexo parte 1 PDF, páginas 10, 11 y 18).

Y de otro que, de dar gracia a alguna discusión, no es posible perder de vista la noción de consumidor como cliente potencial y la etapa precontractual desarrollada con la expectativa legítima de pertenecer al contrato de fiducia por vía de este encargo como quiera no de otra forma se entiende procediera a diversas diligencias como suscribir los documentos tendientes a su vinculación, en periodos incluso distintos, se le entregara la tarjeta de recaudo y procediera en un contado con el pago aquí discutido.

Dicha circunstancia convertía al demandante en cliente del Encargo y potencial cliente del contrato de Fiducia, y por lo mismo, en ambos momentos con una situación confluyente, encontrarse dentro de la noción de consumidor financiero, lo cual le hacía posible predicar la responsabilidad por esta vía a la demandada si en cuenta se tiene fue quien, por la vía que fuere, ingresaron estos recursos y con ello le obligaban a obrar con la debida diligencia en su custodia y administración hasta tanto fueren devueltos conforme debían darse la reglas contractuales, legales e incluso de conducta al tenor de la buena fe y parámetros de debida diligencia de un buen hombre gestor de negocios especializados en este materia dado el mandato que en sentido le fuere conferido por vía del encargo.

Para ahondar en razones y si fuere el caso que no lo es, de tener que acudir a interpretaciones ha de preferirse no la restrictiva sino la amplia que no limite el derecho sino que permita su acceso, esto no solamente porque debe prevalecer la norma especial y posterior, sino que en su defecto la más razonable

y benéfica al **consumidor financiero** pues al final de cuentas es aquella que le permita y facilite el acceso a la administración de justicia y no la que le restrinja, más aún bajo el criterio *pro consumitore*.

Sumase que visto que el actor cuenta a su favor con la definición de consumidor financiero y encargante, por lo menos, en la etapa previa con una amplia expectativa de haber obtenido la calidad de beneficiario de área y vinculado al contrato de fiducia, tal condición da como resulta que le asiste un interés directo, legítimo y actual de cara a la conducta llevada a cabo por la demandada que señala le acusó un perjuicio.

Y al pasar a la presunta ausencia de legitimación por pasiva, basta para desechar esta excepción el reiterar como ha sido expuesto en el desarrollo del proceso, que es la conducta de la sociedad fiduciaria de cara a su prestación del servicio y como experta en este tipo de negocios la que aquí ha de verificarse, esto es, las establecidas contractualmente (art. 1602 C.C.), las exigidas legalmente de cara al contrato y su servicio dada su actividad de profesional, experto y la captación de dineros considerada de notorio interés público, -arts. 1234 del C. de Co. y siguientes, las predicables por el ejercicio de la administración de dineros ajenos, art. 63 CC y concordantes, las de la prestación de sus servicio a los consumidores financieros, Ley 1328 y Ley 1480 en lo pertinente, las demás que debió observar “...previstas en esta ley [1328], las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.”, según lo indica el literal u) del artículo 7º de la Ley 1328; y las de reglas de conducta esperadas no de un buen padre de familia sino un buen hombre de negocios que implican la previsibilidad en toda su gestión y exigen racero de diligencia mayúsculo (Sent. SC 2879 de 2022 entre otras), máxime si conforme lo señala el artículo 1243 del C. de Co., “...El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”, aspecto que adelante se ahondará.

Súmese a lo anterior, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil lo ha decantado de antaño y recientemente es criterio pacífico, que dada la naturaleza del contrato “...El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también es quien se beneficia de sus utilidades. Sin embargo, aun cuando excepcional, **la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes**², eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromet[e] su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes...”, (Sent. SC2879 de 2022), ya que esta “...Obligación que se ha entendido en cabeza de la fiduciaria, en causa propia, tal como lo indicó esta Corporación recientemente en sentencia CSJ SC5430-2021³” (Sent. SC3772 de 2022).

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

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

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

Es aquí como para concluir que, la responsabilidad ha de surgirle como sociedad fiduciaria y en nombre propio de encontrarse comprobado extralimitó sus funciones ora omitió sus deberes legales e indelegables, lo que de suyo da por contera si tiene un interés legítimo, jurídico y actual de ser llamado al resarcimiento de los posibles perjuicios que aquí se invocan, la pérdida patrimonial del actor y demás eventos enrostrados, con ocasión al desarrollo o ejecución y liquidación en el trámite dado los dineros que le entregó, sin que pueda aludirse estaríamos en el interregno de una responsabilidad extracontractual en tanto la jurisprudencia atrás citada entre otras ha señalado que esta responsabilidad del fiduciario emana de la misma Ley, art. 1243 C. de Co., y por lo mismo proviene del actuar contractual que le es exigido como experto.

Prescripción Extintiva y/o Caducidad de la Acción de Protección al Consumidor Financiero y Prescripción de la Acción.

Señala la demandada dos eventos que darían curso a la contabilización del año para interponer la acción que trae el numeral 3º del artículo 58 de la Ley 1480 y conducen a la prosperidad de su defensa.

Por un lado, aduce que “...desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento de los hechos que motivaron su reclamación ante mi representada (Abril de 2019) y la fecha en la que se interpuso la presente acción (Agosto de 2021).”, se superó dicho tiempo; y por el otro, que el demandante “...conoció y convalidó el traslado de dichos recursos en favor de la sociedad GRUPO STERLING S.A.S., desde el diecinueve (19) de enero de 2017, fecha en la que suscribió con esta un contrato de promesa de compraventa en la que se pactó como parte de pago del precio de los inmuebles que dicha sociedad le prometió en venta al demandante, los CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS (110'000.000) que a GRUPO STERLING S.A.S., [los cuales] ya había recibido de FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.”.

A su turno, la llamada en garantía plantea que de los hechos de la demanda se indicó; (i) que en el evento en que las condiciones pactadas no se cumplieran para el día 30 de junio de 2017, el contrato se resolvería de pleno sin que mediara indemnización alguna por incumplimiento, o sea, el 30 de junio de 2018; (ii) que con fecha 04 de abril de 2019, el señor José Alfonso Méndez Guerrero envía comunicado a la Fiduciaria Corficolombiana pidiendo los dineros y (iii) que hasta el 23 de junio de 2021 se solicita audiencia de conciliación. Todo lo cual demuestra que, para la fecha del reclamo a la Fiduciaria y la fecha de audiencia de conciliación, la prescripción ya estaba consolidada y no cabe al despacho nada diferente a decretarla.

Pues bien, tampoco encuentra asidero esta defensa, como quiera que la hipótesis de contabilización del lapso del año prescriptivo para este tipo de asuntos contractuales comienza a partir de la extinción del contrato, lo cual no puede tenerse como suceso cierto, pues nótese que la relación aquí a analizar, el Encargo no se ha liquidado en la forma debida, con la devolución de los dineros a quien los entregó, luego sin pago efectivo y válido con finalidad de extinción, punto que más adelante se ahondará, no es posible entrar a contabilizar este período.

Nótese que el numeral 3º del artículo 58 de la Ley 1380 trae consigo tres (3) hipótesis para comenzar a dar curso a contabilizar el término de la prescripción. **El primero** de ellos trata de efectividad de las garantías, en donde la demanda deberá “...presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía...”, supuesto no predicable a este litigio.

El segundo, el cual surge de las controversias netamente contractuales para lo cual la demanda debe incoarse “...a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato...”, y conforme se evidencia de lo que hasta aquí se ha desarrollado, en consonancia con lo que prevé el artículo 57 *ibídem*, es más que claro que es en este contexto que se predicaría este suceso.

Y **el tercero**, que surge de manera residual pues señaló el legislador, “*En los demás casos*”, es decir, cuando no se trata de efectividad de las garantías y no es una controversia contractual, cuyo radicado del litigio deberá realizarse “...*a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.*”.

En cuanto si es prescripción o caducidad, ya ha sido pacífica la postura de esta delegatura al señalar los escenarios que plantea la norma son de **prescripción** de la acción de protección al consumidor, pues es más que suficiente el recordar que el legislador calificó la consecuencia jurídica como de prescripción, pues el inciso 2º del numeral 6º del artículo 58 *ibidem* señala: “...*Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, antes de que opere la prescripción de la acción, una nueva demanda con los requisitos establecidos en la presente ley y además deberá contener información nueva sobre la identidad del productor y/o expendedor.*”, (negrilla ajena al texto).

Al respecto se ha dicho: “*La cláusula general de competencia de la que goza constitucionalmente el legislador, lo habilita con amplio margen de configuración, para regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos y demás aspectos de las instituciones procesales en general, y tal prerrogativa le permite al legislador fijar las reglas a partir de las cuales se asegura la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso y del acceso efectivo a la administración de justicia. Además, son reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho. En efecto, tal y como lo ha afirmado esta Corporación, el proceso no es un fin en sí mismo, sino que se concibe y estructura como un instrumento para la realización de la justicia y con la finalidad superior de lograr la convivencia pacífica de los asociados.*”.

De allí que las normas procesales, propendan por asegurar la celeridad, oportunidad y eficacia de las respuestas jurisdiccionales, y por la protección de los derechos e intereses de las partes, intervinientes y demás sujetos vinculados al proceso. En estos términos, mientras el legislador, no ignore, obstruya o contrarie las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como ‘el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas’. Por ende, es extensa la doctrina constitucional que ha reiterado que acorde a lo establecido en los artículos 29, 150 y 228 de la Constitución, son amplias las facultades del legislador precisamente, para fijar tales formalidades procesales. (...)

Tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos de origen legal cuyas características y efectos debe indicar el legislador...⁴ (Resaltados de la misma la Sala, Sentencia de 2 de diciembre de 2015, Rad. 11001 31 99 001 **2013 00711** 03 y Sent. del 30 de mayo de dos 2018 Rad. 11001 31 99 003 **2017 00823** 01, Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá).

Igualmente, el tema ha sido abordado por la Sala de Cas. Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2850-2022 en donde señaló “...*Se impuso de esta forma un término para la proposición de la reclamación jurisdiccional, so pena de que se extinga la posibilidad de acudir al aparato judicial para lograr la satisfacción de la garantía legal. Plazo que fue estimado por el legislador como de prescripción, según el inciso segundo del numeral 6º del artículo 58 de la ley 1480 de 2011.*”, (negrilla ajena al texto).

⁴ Cfr. C. Const. Sent. C 227 de 2009.

A lo anterior no sobra memorar la interpretación gramatical ya que “...*cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.*”, (art. 27 CC.), luego, no podría tener cabida otro supuesto como una caducidad y menos contabilizar el lapso desde la ocurrencia de la situación lesiva o de su conocimiento en tanto la hipótesis para estos litigios, se predica “...**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...**”, entonces el plazo fatídico inicia a partir del momento de la terminación de la relación contractual.

Así las cosas, ha de recordarse cuando termina un contrato, señala el artículo 1602 del CC., que por remisión es posible traer al tenor del artículo 822 del C. de Co., que el acuerdo “...*no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”, en cuanto a las causales legales, el artículo 1625 ib., no enseña 10 modalidades de extinción, por solución o pago efectivo, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa que se debe, declaración de nulidad o por la rescisión, condición resolutoria y prescripción.

De las atestaciones de la pasiva y llamada en garantía, es claro que la prescripción no surge para estos asuntos desde el conocimiento del consumidor financiero del hecho lesivo, y por vía de interpretación se entendería que el contrato de encargo terminó con el retiro y posterior entrega de los recursos a la sociedad Grupo Stirling S.A.S., lo cual sucedió el 7 de diciembre de 2016.

Sin embargo, se obvia que, si hablamos de una devolución de dineros, esto es, un pago efectivo en busca de liberarse de la obligación, este evento se predica sí y solo sí, se hace debidamente, pues recuérdese que para que el pago sea válido “...*debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aún a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.*”, (art. 1634 CC).

Luego, si este se realiza a persona diferente o no autorizada por este, imposible resulta hablar de la extinción de la obligación debida y que surge para este caso en el contrato de encargo, ya que conviene recordar el aforismo, quien paga mal paga dos veces, y es que ciertamente se hizo a persona que no resulta acreedora y por lo mismo no tiene la virtualidad de extinguir la deuda.

En este punto es importante precisar dos aspectos, en nada incide y/o puede incidir la promesa suscrita por el aquí demandante con la sociedad Grupo Stirling S.A.S., puesto que si bien aquella trata de 19 de enero de 2017 y se señala que como parte de pago se tienen los dineros consignados en este encargo como fuente de pago del local, tal circunstancia no podría tenerse como situación válida para darle destino distinto a estas sumas de dinero o resultar oponibles a la sociedad fiduciaria, máxime si según lo expresó no conoció de este negocio sino de forma posterior y con ocasión a la reclamación que se le hiciera por el aquí demandante.

Por demás no debía conocer, pues *contrario sensu*, de haberlo conocido en vigencia del contrato de fiducia, era de su resorte el haber adelantado las acciones tendientes a que el fideicomitente promotor dejará de captar dineros con ocasión a un producto financiero sobre el cual por estipulación legal **solamente** a las sociedades fiduciarias y por autorización del Estado se les permite ejercer, máxime si los dineros comprometidos con esta promesa tratan de recursos captados del público y por vía de la actividad financiera considerada de interés público.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que si la condición de retiro del aquí actor lo fue por riesgo de crédito al no superar las condiciones previstas para entender que los dineros depositados provienen de fuentes seguras y de fácil trazabilidad, no es posible y no lo era que la Sociedad Fiduciaria permitiera sostener un negocio so capa de dicha promesa con una persona que no podía tener como cliente incluso so capa de un negocio privado, pues recuérdese que si bien es mandataria no puede entenderse como una convidada

de piedra ya que incluso la misma normatividad le facultad en diversos escenarios confluir en pro del servicio de interés público de captación y para el caso del objeto del contrato incluso en contra de las instrucciones dadas por los mismos fideicomitentes.

De ir más allá, lo cierto es que, de los documentos aducidos por la pasiva, no se aportó, por un lado, que el soporte de reintegro de las sumas de dineros al Grupo Stirling S.A.S., se daban con ocasión a este negocio privado, y según lo expresa la misma vigilada, que le fue oculto y como consecuencia inoponible; y de otro, la instrucción y aceptación del aquí demandante para que se dispusiera de estos dineros a favor del fideicomitente.

Suma que, en carta del 2 de junio de 2021, proferida por la fiduciaria aquí demandada, suscrita por la señora Leidi Carolina Becerra R., Coordinador de Servicio al Cliente y Canales USC, elaborada por José Jaramillo, revisada por Carolina Becerra y aprobada por Daniel Manrique, se le dijo al aquí demandante con ocasión a su reclamo que los dineros consignados de su parte, una vez descontado el Gravamen al Movimiento Financiero (GMF) fueron girados el día 7 de diciembre de 2016 al Grupo Sterling S.A.S., conforme las políticas internas "...para que esta última sociedad **procediera con la devolución de tales recursos al señor JOSÉ ALFONSO MÉNDEZ GUERRERO**", (negrilla ajena al texto, cfr. Derivado 000, documento ANEXOSPARTE2SUPERFINANCIERA.pdf, página 9).



Medellín, 2 de junio de 2021

Señor
ENRIQUE MANUEL BÁEZ LEÓN
Apoderado
JOSÉ ALFONSO MÉNDEZ GUERRERO
Bogotá D.C.

ASUNTO: RESPUESTA A DERECHO DE PETICIÓN - FC-SVC-221283

Respetado señor,

Acorde con nuestro compromiso y políticas de ofrecer a nuestros clientes productos y servicios de la más alta calidad, así como en atención al derecho de petición radicado en las oficinas de esta entidad el día veinte (20) de abril de 2021, respecto del cual solicitamos una prórroga en respuesta emitida el día siete (7) de mayo de 2021, FIDUCIARIA CORFICOLMBIANA S.A. actuando únicamente en calidad de administradora fiduciaria del ENCARGO FIDUCIARIO PROYECTO ESTACIÓN SAN PEDRO, se permite dar respuesta en los siguientes términos:

Al respecto, como bien es de su conocimiento conforme a lo expuesto en el derecho de petición, FIDUCIARIA CORFICOLMBIANA S.A., dando cumplimiento a sus políticas internas, se abstuvo de vincular como clientes a la sociedad Alianza Entretenimiento S.A. y al señor José Alfonso Méndez Guerrero, así mismo, en el marco del cumplimiento de las políticas internas referidas, procedimos a dar traslado el día siete (7) de diciembre de 2016 de los recursos, a saber, la suma de CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE (\$110.000.000 COP) menos el respectivo gravamen a los movimientos financieros -GMF- para un total de CIENTO NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE (\$109.560.000 COP), a la sociedad Encargante GRUPO STERLING S.A.S. para que esta última sociedad procediera con la devolución de tales recursos al señor JOSÉ ALFONSO MÉNDEZ GUERRERO,

Conforme a lo anterior, nos permitimos adjuntar el soporte de transferencia de recursos referida:

Terceros	Credencial
Beneficiario	GRUPO STIRLING S.A.S.
NIR	900760136
Descripción	
Producto Destino	343.860.757
Producto Debito	236.092.099
Tipo de Producto	Corriente
Entidad Financiera	BANCO DE OCCIDENTE
Oficina Pago	
Fecha Cobre	30/08/2017
Fecha de Pago	30/08/2017
Forma de Pago	Abono a cuenta Banco de Occidente
Valor de Pago	\$109.560.000,00
Comisión	
IVA	
Número Transacción	256708153432996
Estado de Pago	Aplicado
Causal de Rechazo	
Información Adicional	PAGO MANUAL
Número Comprobante	713
Indicador Aviso	
Estado Aviso	
Medio Utilizado	



Nit. 800.140.887-8

Ahora bien, teniendo en cuenta la transferencia de recursos anteriormente expuesta, procederemos a dar traslado de su solicitud a la sociedad GRUPO STERLING S.A.S., toda vez que al ser esta sociedad la encargada de la devolución de recursos por usted solicitada, es esta última quien debe dar una respuesta final sobre la viabilidad o no de la devolución de los mismos.

En caso de presentar queja, petición o reclamo en contra de Fiduciaria Corficolombiana S.A. en atención a que nuestra respuesta no ha sido satisfactoria, la Defensoría del Consumidor Financiero está facultada para conocer y ayudar a resolver en forma objetiva y gratuita cualquier problema con la entidad. Defensor principal: Darío Laguado Monsalve – Defensor Suplente: Mario Ernesto Vargas Gutiérrez Dirección: Calle 70 A N° 11 – 83 Bogotá Correo Electrónico reclamaciones@defensorialg.com.co Teléfono: (031) 2110351 – 320 398 1187.

Cordialmente,



COORDINADOR DE SERVICIO AL CLIENTE Y CANALES - USC
FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.

Elaboro: Jose Jaramillo
Reviso: Carolina Becerra
Aprobó: Daniel Manrique – Suma Legal

Quiere entonces esto significar que, por decisión de la misma fiduciaria, dadas sus políticas, optó por entregar estos recursos al fideicomitente **para serle devueltos al demandante**, sin hacer una gestión de debida diligencia dado su deber de mandato.

De un lado, no se encuentra prueba alguna que informará en el mismo momento a quien fue su cliente y aquí consumidor financiero sobre este evento, en aras de que pudiera manifestarse o aceptar sea expresa o tácitamente de esta conducta de traslado de dineros al fideicomitente.

Sobre el punto el representante legal en interrogatorio llevado a cabo en audiencia de 7 de septiembre de 2023 señaló no se procedió de esa manera puesto que no se consideraba como cliente al aquí demandante.

Y de otro, asegurarse entonces que los dineros que le fueron entregados por el aquí consumidor para su administración con ocasión al encargo en su etapa inicial y traslados, usando sus propias palabras, tuviesen un final de solución o pago efectivo, carga que le competía y no le era posible trasladar al fideicomitente, pues se *itera*, es la sociedad fiduciaria la única autorizada para recibir y administrar dineros captados del público, evento que refuerza aún más la tesis que la entrega de estas sumas y devolución en nada tienen correlatividad con la promesa llevada cabo por el actor con el Grupo Stirling como fideicomitente y que fuere oculta a la sociedad fiduciaria.

Es así como de lo relatado, salta a la vista que el contrato, por estas conductas no estaría extinto ya que perduró en el curso del tiempo y visto que no era posible su ejecución al no poderse cumplir con el objeto dado el retiro del encargante, dadas las reglas contractuales previstas en dicho instrumento, de liquidación o de mandato debió proceder la pasiva si es que pretendía extinguir este negocio jurídico, por ende, no puede colegirse nada diferente a que el fenómeno que se pide sea declarado de prescripción de la acción no está consolidado.

Del contrato en discusión.

Superado en párrafos antes la forma de confección de este tipo de negocio y sus características, ha de precisarse que la controversia tiene por fuente la vinculación del actor a un encargo fiduciario, contrato

financiero que a voces del artículo 146, numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) se rige por “...las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto”.

Negocio frente al cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló:

*“...no es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados, **en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia.** De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, **es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo,** a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a favor del fiduciario para la formación de un ‘patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo’.(...)”, (Sent. del 21 de noviembre de 2005, Expediente C-1100131030201992-03132-01).*

Ahora, en lo que toca a este tipo de negocio a propósito de la entrega de dineros, se dijo:

“...el encargo fiduciario cuando de dinero se trata, envuelven la transferencia de su propiedad por la naturaleza y características de este bien, cuya entrega, se itera, para quien la hace, involucra de suyo la tradición, distinguiéndose, principalmente, porque aquélla, a diferencia de éste, a más de su dinámica particular y función práctica o económica social que la convierten en un negocio con singularidad o especificidad propia”, (ibidem).

Y es que como se viera, en el presente caso el encargo fiduciario se ha configurado para la aportación de recursos a un patrimonio autónomo, sobre lo cual cabe destacar que el mismo se constituye a partir de un contrato de fiducia, sin que aquí este último evento haya sucedido en razón al retiro del demandante por políticas de riesgo.

Al ser esto así, atañe entonces a revisar únicamente que estaba previsto en el contrato de Encargo si esta situación se presentaba de cara a la devolución de las sumas depositadas, así como su procedimiento para determinar si se acató, y en caso de no encontrarse esto regulado, acudir a las reglas de diligencia propias de este tipo de contrato por su naturaleza de mandato y con el específico racero de experto en los negocios bajo la tesis de previsibilidad.

En este escenario, no sobra memorar que en vigencia de la CE 046 de 2008, se estableció conforme el numeral “...2.2.1 Normas y principios a considerar...” entre los cuales se encuentra que **“a. En la celebración de cualquier negocio fiduciario, además de las normas propias contenidas en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 146 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deberán atenderse las demás disposiciones imperativas aplicables a cada negocio en particular; así como, las propias de la naturaleza del contrato según la ley, la costumbre y la equidad natural al tenor de lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio.”** (resaltado ajeno al texto).

Y en su literal b señaló: **“En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el Decreto 1049 de 2006, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes:**

- i) Deber de información. (...)**
- ii) Deber de asesoría. (...)**
- iii) Deber de protección de los bienes fideicomitidos. (...)**
- iv) Deber de lealtad y buena fe. (...)**
- v) Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. (...)**
- vi) Deber de previsión. (...)** (resaltados y subrayas ajenas al texto)".

A su paso, no sobra memorar que el artículo 871 del Código de Comercio establece de manera general 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 los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural"*, guardando consonancia con lo normado en el artículo 7º, literal u) de la Ley 1328 de 2009, según el cual, son obligaciones especiales de las entidades vigiladas el observar, *"Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarios, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros..."*.

O en otras palabras, aquí recae examinar únicamente el actuar que llevó a cabo la sociedad fiduciaria como buen hombre de negocios y padre de familia en el momento de la constitución y adelantamiento del contrato de encargo, lo que implica verificar si acató o no sus deberes legales y contractuales en todo el camino de este negocio fiduciario, condiciones, calidades y obligaciones que por demás son indelegables, pues admitir lo contrario conduciría a permitir un ejercicio regulado a personas ajenas respecto de los cuales la Ley no autoriza y que además implicaría estar incluso en el escenario de un ejercicio no autorizado con anuencias a la misma fiduciaria, (arts. 78 de la Carta Política, la Ley 1328 de 2009, art. 57 Ley 1480 de 2011, art. 1234 y ss. C. de Co., art. 63 CC. y demás normas que regulan este tipo de escenarios de administración y mandato).

En cuanto a esta temática, ciertamente la jurisprudencia con decisión reciente de la Sala de Casación Civil de la C. Sup. de Justicia ha ilustrado: *"...Del fiduciario, como profesional en la materia, se espera el estricto cumplimiento de los deberes generales y particulares propios de su ramo de negocios y, por ello, su comportamiento durante todo el iter contractual se mide por un especial rasero que se superpone al tradicional buen padre de familia (artículo 63 del Código de Comercio). En virtud de su profesionalismo, se le exige una especial diligencia, que estricto sensu, debe ser la de un buen hombre de negocios (SC 5430-2021, 7 oct.), bajo el entendido de que su actividad supone obligaciones de administración y prestación de servicios financieros, en los que, por lo demás, va inmerso un profundo interés público (artículo 335 de la Constitución) y la confianza del ciudadano que entrega sus recursos gracias al respaldo con que cuenta la entidad fiduciaria, dada su idoneidad, su profesionalismo, su especial habilitación para captar esos recursos y la vigilancia especial a la que se encuentra sometida.*

En tal virtud, del artículo 1234 del estatuto mercantil y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera⁵ se desprenden las que, sin lugar a duda, son obligaciones exigibles a las sociedades fiduciarias en el desarrollo de su actividad: lealtad y buena fe, información, protección y defensa de los bienes fideicomitidos, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión y asesoría⁶.

⁵ CE.029/14: PARTE II, Título II, Capítulo I: Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios.

⁶ CE.029/14: «2.2.1.2. En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el art. 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes: 2.2.1.2.1. **Deber de información.** Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar

Ahora bien, sin desconocer que, en línea de principio, las prestaciones a cargo del fiduciario son de medio y no de resultado⁷, su crédito contractual (conformado por las previsiones legales, estipulaciones negociales y deberes secundarios de conducta), debe ser atendido de manera tal que satisfaga el alto estándar de diligencia y previsión que le es propio.

Ese calificado baremo se especifica, entre otras obligaciones, en «tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión», «emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución», «abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo», «precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo» y «prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual» (CE 029/14, v) y vi), b, 2.2.1.), (Sentencia SC2879 de 2022).

Y más recientemente de cara a estos deberes de conducta adujo con la Sentencia SC107-2023:

“...como regla de principio, las cargas nucleares de las fiduciarias no pueden consistir en alcanzar un resultado determinado, pues sólo puede obligarse a realizar su mejor esfuerzo para lograr la finalidad señalada en el acto constitutivo, obviamente, de acuerdo con el profesionalismo exigido a una experta del mercado.

(...) [A] efectuar el juicio de culpabilidad no se examina cómo obró o debió obrar una persona del común siendo diligente, sino lo que se espera de un experto en la gestión específica en el asunto que dio origen al acaecimiento del daño, en otras palabras, la especialidad 1 del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él...

Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve, no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios ajenos, asuma con especial esmero el primer deber indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a ‘realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia’ (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014- 01068-01).

el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. (...) 2.2.1.2.3. **Deber de protección de los bienes fideicomitidos.** El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes sean sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del art. 1234 del C.Cio. 2.2.1.2.4. **Deber de lealtad y buena fe.** La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés. 2.2.1.2.5. **Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad.** En su actuar, las sociedades fiduciarias deben tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido, deben abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo. 2.2.1.2.6. **Deber de previsión.** La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual».

⁷ Conforme al numeral 3º del artículo 29 del EOSF (Decreto 663 de 1993), «Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley».

Sin embargo, la anterior directriz no se aplica para aquellos deberes que, por autorización legal, son de resultado, o tratándose de obligaciones instrumentales, complementarias o accesorias.

Expresado de otra forma, las fiduciarias pueden asumir -y asumen- deberes de resultado tratándose de cargas diferentes al objeto principal del contrato, o cuando esto devenga necesario según la tipología del negocio fiduciario.

Así se infiere de la redacción del transcrito artículo 1234 del Código de Comercio, el cual consagra claras cargas de resultado, tales como mantener la separación patrimonial, llevar la personería jurídica del fideicomiso, transferir los bienes fideicomitidos al beneficiario a la finalización del encargo o rendir informes con cierta periodicidad, los cuales suponen un deber concreto que no puede soslayarse., (resaltados ajenos al texto).

Y concluyó, “...De allí que esta Sala haya reconocido expresamente que «tales obligaciones», refiriéndose a los «deberes contractuales o legales asumidos por el experto [fiduciario]», puedan ser «de medios o de resultado» (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014- 01068-01).”.

Del caso en concreto.

Lo primero a señalar es que conforme lo ya discurrido, ha de tener como superada la discusión en cuanto a la existencia de la relación contractual, de consumo y de consumidor financiero con las que cuenta el cliente y aquí actor frente a la pasiva.

Ahora queda únicamente en punto a analizar y resolver sobre el trámite y conducta adoptada por la sociedad fiduciaria de cara a los dineros que le fueron entregados y que procedió a girar al fideicomitente constituyente, Grupo Sterling S.A.S.

Pues bien, lo primero a señalar es que no obra en el plenario documento alguno que permita establecer el procedimiento de devolución de dineros de un encargante en los casos en los cuáles es retirado del negocio previo su vinculación como partícipe del contrato de fiducia, razón por la cual y al no haberse probado dicha metodología pactada con el aquí actor, ha de acudirse a las reglas auxiliares de todo contrato, la Ley, Jurisprudencia y reglas de la experiencia de ser el caso.

Es así como sin querer recabar en lo ya atrás expuesto en desarrollo y resolución de las excepciones de falta de legitimación, ausencia de relación contractual y prescripción, no es posible negar que la suma aquí deprecada ingresó con cargo al contrato de encargo y su destino era la finalidad de convertirse el demandante en beneficiario de área de un local del proyecto inmobiliario que condujo a la creación del contrato fiduciario Proyecto Estación San Pedro.

Entonces, bajo tal postulado, a partir de lo que ya está comprobado, refulge que la sociedad fiduciaria actuó de cara a los recursos del aquí demandante, señor José Alfonso Méndez Guerrero, de forma descuidada y negligente en su labor de administrador de estos dineros, e incluso, de comprobación de entrega efectiva de quien le fueron consignados.

No es posible atender criterios de diligencia cuando el pago se termina haciendo a un sujeto ajeno a quien de forma directa le entregó los recursos y sin autorización para ello, sea por parte del consumidor financiero a la misma sociedad fiduciaria o incluso al Grupo Stirling S.A.S., como encargante del contrato de fiducia.

Y es que las pruebas obrantes al proceso como los documentos suscritos por el demandante, la entrega de tarjeta de recaudo, el pago por vía de consignación a su nombre, dan cuenta que los dineros fueron

dirigidos al encargo identificado con tarjeta de recaudo 220020005111, elementos ya expuestos, sin que por demás obren pruebas en contrario, y en tal sentido, evidencia la total desatención en la protección de estos recursos entregados por vía de captación del público.

También llama la atención, la conducta de la pasiva, la cual resulta calificable como indicio en su contra y que se procede a realizar conforme la facultad que otorga el artículo 280 del CGP., pues por auto del 31 de marzo de 2023, (derivado 068), se le pidió allegara elementos tendientes a certificar el número del encargo y tarjeta de recaudo a la cual fueron consignados los \$110.000.000,00 objeto de este litigio junto con el nombre de los vinculados a dicho contrato y copia completa de los documentos entregados con ocasión a ello, así como certificación que señale el o los nombres de los vinculados que corresponden a la tarjeta de recaudo ENCARGO No. 220020005111 junto con los documentos soporte de este y el soporte documental por medio del cual el o los vinculados al Encargo No. 220020005111 autorizaron que el pago del dinero aportado se realizara en una cuenta bancaria de titularidad del fideicomitente junto con los trámites realizados por la sociedad fiduciaria frente al fideicomitente de cara a establecer si estos dineros cuestionados fueron aportados por éste o el aquí demandante como posible futuro vinculado al contrato de beneficio de área, sin que vencido el término otorgado allegara estos elementos y si quiere justificara su renuencia a entregar estas pruebas.

Pero llama además aún más poderosamente la atención, que los elementos de prueba anexos a su contestación por vía de link, (derivado 008), y específicamente las tablas Excel llamadas “ESTADODECUENTAESTACIONSANPEDRO” y “815”, se tenga lo siguiente:

Frente a la primera pestaña, “ANEXO 5”, en las filas 28 y 29 se señalen el nombre del aquí demandante y de su sociedad, empero no se identifique el número de encargo y valor aportado, en la pestaña siguiente, “FLUJO DE INGRESOS” fila 11 aparece el pago con destino al encargo 220020005111 en la suma de los \$110.000.000,00 devueltos, sin establecer a la persona que fueren reintegrados; y tanto en este primer documento como en el segundo, en ninguna pestaña se evidencia cómo fue vinculado con este encargo el Grupo Stirling S.A.S., es más, siquiera se nombra.

Nótese que no es de recibo, que por ser el fideicomitente constituyente tenga patente de corso de tomar todos los dineros que no fueron reclamados por los vinculados como beneficiarios de área, ora, los sobrantes de los excluidos, desistidos o terminados por vía unilateral, sin contarse con el debido soporte de qué sí le corresponden, ya que dar lugar a esa conducta sería tanto como permitirle sin soporte alguno el enriquecerse pese a no contar con causa justificada, máxime si la obligación de la Sociedad Fiduciaria es administrar y proteger estos dineros incluso en contra del mismo constituyente y sus instrucciones.

Lo anterior significa sin más; que por un lado, no se hizo el debido recaudo y contabilización del dinero entregado por el aquí demandante para dar paso a una cuenta por pagar a este quien fuere quien entregó el dinero o a quién autorizara lo cual surge de la lógica material, pues no sobra memorar la máxima que los negocios se deshacen como se hacen, y de otro, que ni por asomo se tiene evidencia que demuestre el dicho que la promesa celebrada tuvo incidencia para tener como vinculado por beneficio de área al fideicomitente como cesionario encargante, esto es, al Grupo Stirling S.A.S., pues no existe encargo a su nombre y menos correlacionado con el terminado en **5111 donde ingresaron y salieron estas sumas objeto de reclamo.

Sobre este aspecto, llama la atención que pese a que el demandante procedió a consignar la suma reclamada en el encargo, la sociedad fiduciaria luego de agotar el procedimiento para conocer su cliente “futuro” y pese a determinar que este no podría ser vinculado al contrato de fiducia, sin argumento alguno, decidiera mantener bajo su administración los recursos depositados por un sujeto plenamente identificado y quien fuere rechazado para ser parte del negocio génesis, y de forma posterior, sin explicación o gestión alguna, procediera a entregar los recursos al fideicomitente del negocio génesis (la Fiducia) mas no al

demandante pese a entregarlos por vía del encargo **5111, circunstancia que denota la falta de profesionalismo en el manejo, custodia y administración de los recursos del público.

Comprobación de ausencia de diligencia que conduce a tener como demostrado el elemento culpa, la cual *“...se define como el hecho atribuible al agresor que contraviene el estándar de conducta que le era exigible, resultante de la decisión consciente de desconocerlo o de la negligencia, imprudencia o impericia”*, (SC4455 del 26 oct. 2021, rad. N°. 2010-00299-01), negligencia que resulta del actuar *“...Descuidado, omiso. Despreocupado. Quien no presta la atención debida. Desidioso, abandonado, flojo, indolente. Imprudente; que no toma las precauciones del caso...”*, (Sent. SC107 de 2023 que cita a Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, 1993, p. 211).

Recuérdese para ahondar en razones, que según lo reza la Circular ya citada en esta decisión, así como la jurisprudencia que la predica, las sociedades fiduciarias de cara a esta situaciones tiene la carga de analizar situaciones al amparo del *“...deber de previsión, en términos generales, concierne a que el experto tenga la capacidad de advertir con anticipación los riesgos o inconvenientes a los que pueda quedar expuesto el negocio fiduciario, basado en su profesionalismo y experiencia.”*, (Cfr. Sent. SC-5430 de 2021 que a su vez cita como fuente de doctrina a STIGLITZ, Rubén S. Contratos Civiles y Comerciales, Parte General, Tomo I. 2° ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 181-182.).

Cargas que aquí no están acreditadas, pues se reitera grosso modo; **(i)** no se informó en términos debidos al aquí demandante sobre el proceso a seguir para el reintegro de los recursos que entregó al pretender ser partícipe del contrato fiduciario dada su exclusión por políticas de la fiduciaria; **(ii)** no era posible disponer de estas sumas con fundamento en un contrato de promesa de compraventa, por demás, oculto y sobre el cual contrariaría las obligaciones legales en esta prestación de servicio de naturaleza financiera con captación de dineros del público y únicamente autorizado a las sociedades fiduciarias; **(iii)** proceder a entregar esos dineros a persona distinta a quien se quiso hacer partícipe, el aquí demandante, sin que obrara autorización, mandato o documento a fin que así lo permitiera; **(iv)** asumir la situación de riesgo de impago, cuando decidió trasladar esos dineros al fideicomitente constituyente de la fiducia para que por su intermedio fueran devueltos al aquí actor conforme se le contestará en carta del 2 de junio de 2021; y **(v)** no realizar controles debidos en aras de verificar y establecer que estos dineros terminaran en el patrimonio de quién los consignó, en tanto, se tiene conforme las pruebas allegadas al plenario e información del demandante de no haber recibido ese dinero, lo cual da cuenta se quedaron en las arcas del Grupo Stirling S.A.S.

Es así como se tienen varios eventos a endilgarle a la pasiva que conducen ineludiblemente a declarar su responsabilidad por esta vía y consecuentemente el resarcimiento del perjuicio causado con su propio patrimonio.

Lo anterior puesto que estos incumplimientos son de carácter indelegable en desarrollo de la actividad que se le permite ejercer habitualmente como experto y profesional, actuar que una vez visto y confrontado a las reglas mínimas exigidas como buen hombre de negocios y padre de familia así como su desarrollo contractual de buena fe que no es simple sino probada de querer sea exenta de culpa, no es posible colegir nada distinto a que estamos en el escenario que nos trae el artículo 1243 del C. de Co., precepto que nos dice: *“El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”*, y para el caso vistas sus omisiones cuya conducta y actuar le era exigido por la misma normatividad y cargas de conducta, además que de haber sido previsible pudo evitar el suceso causado materia de discusión, ha de señalarse que responderá con su propio patrimonio.

Y es que dada la naturaleza del contrato *“...aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus*

deberes⁸, eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «el fiduciario compromet[e] su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes...», (Sent. SC2879 de 2022).

Sobre un contexto parecido y *mutatis mutandi*, se señaló en decisión de segunda instancia:

“...así las cosas, encontrándose probado que los recursos entregados por la demandante fueron transferidos a otro fideicomiso, sin mediar previa autorización del cliente, resulta irrefutable que la conducta de la sociedad de servicios financieros demandada es constitutiva de una falta de sus deberes indelegables de ‘[r]ealizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia’ (...) artículo 1234 (...) del compendio mercantil; exigibles también en la ejecución de los 21 encargos fiduciarios materia de la litis, por disposición del canon 146 del EOSF, en cuya virtud a dichas figuras contractuales ‘(...) se aplican las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato (...)’; convenios que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia ‘(...) prima facie ostentan caracteres de los negocios de cooperación o colaboración, desarrollan intereses dignos de tutela proyectados en una finalidad lícita plasmada en una gestión de confianza para beneficio del encargante o de un tercero’, que, en el caso sub examine, se vio frustrada con las infracciones advertidas (...) de donde también se extrae el proceder diligente reprochado a la Fiduciaria, de quien se requiere una diligencia que ‘se soporta en principios tradicionales de buena fe, de prudencia y de protección del resultado esperado para quienes contratan.’ (...)”, (cfr. Sent. 6 de julio de 2021, rad. 03 2018 – 01181 – 01, Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que a su vez cita a la Sala de Cas. Civil de la C. Sup. de J., Sent. 30 de julio de 2008, Exp. 11001 – 31 – 03 – 036 – 19999 – 04158 – 01 y como doctrina a Rodríguez Azuero, S. (2005). Negocios Fiduciarios, Su significación en América Latina. Bogotá. Editorial Legis Editores S.A.).

Por último y para ahondar en razones, nada puede señalarse de un obrar de buena fe, ya que si se pretende con esto el estar exento de culpa, no ha de tratarse de la subjetiva y simple que se espera de cualquier ciudadano y el cual cree estar en esa condición aun cuando ello no sea así, sino que corresponde a la objetiva que debe ser probada pues exige averiguaciones entre otras cuestiones dado el deber de conducta que se exige de expertos para el caso en el rol de administradores de negocios y dineros ajenos.

Por ello se ha dicho que “...[d]esde el punto de vista de sus efectos, la buena fe, siguiendo el criterio uniforme y consolidado de esta Corte⁹, se desdobra en dos: (i) la buena fe simple; y (ii) la buena fe cualificada (o creadora de derechos; o especial; o buena fe exenta de culpa).”, para concluir que “...la primera es la comúnmente exigida en las diversas actuaciones de la vida. Sus consecuencias, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala¹⁰, 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 e 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 cualificada o creadora de derechos, conciencia y certeza¹¹.”, (Sent. STC1881 del 20 de febrero de 2019, radicación N. 11001-02-03-000-2019-

⁸ CSJ SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.

⁹ 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.

¹⁰ CSJ SC del 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea).

¹¹ CSJ SC del 23 de junio de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea).

00208-00), calificación de actuaciones que aquí están más que identificadas y probadas en renglones anteriores y que dieron curso a declarar la responsabilidad pretendida por esta vía.

Es así como se evidencia **la existencia en la relación contractual, una conducta culposa por parte del fiduciario y un perjuicio** patrimonial que se traduce precisamente en que el demandante tuvo un detrimento patrimonial por concepto de daño emergente, cuya causalidad radica en la omisión de los deberes de diligencia, custodia, cuidado y debida administración de estos recursos por parte de la pasiva. Todo ello conduce a la devolución de los dineros que el actor le entregó con ocasión al contrato de vinculación y que no le fueron devueltos, suma que se restituirá con la debida actualización monetaria.

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), como aquí en efecto y en extenso se ha establecido.

En lo que atañe a los perjuicios inmateriales tasados en \$257.209.445,00 pesos M/cte., **se denegaran**. El primer componente de \$500.000,00 pesos por concepto de citación a conciliación fallida, no se encasilla en la condición de perjuicios sino más bien gastos procesales al tenor del artículo 361 del CGP., ya que, “...los gastos y honorarios cubiertos en ejercicio del derecho de defensa, que son propios de las costas procesales, conforme lo establece el ... Estatuto Procesal Civil, (...) no pueden confundirse o asimilarse al perjuicio susceptible de resarcir por los efectos desfavorables que se derivan del indebido uso de la aludida senda (...) ya que su génesis corresponde a situaciones distintas.”, (SC481 del 22 de marzo de 2022).

El segundo y tercer componente se excluyen, en tanto no puede sostenerse que al mismo tiempo una suma de dinero cause intereses corrientes IBC e intereses de mora, ambas tipologías por sus fórmulas y réditos que si bien podían ser resarcitorias resultan excluyentes, por demás, si bien nos encontramos en un negocio que su esencial es mercantil, no por esto es posible señalar que la única manera de resarcimiento de las sumas corresponde a los intereses que trae el artículo 884 del C. de Co., cuando lo claro es que no es posible desconocer el giro normal de este tipo de negocio, el cual una vez entregada la suma de dineros no generaría réditos, más en este contexto cuando el mismo demandante fue excluido por políticas de riesgo y más aún si ninguna diligencia hizo para recibir su dinero en el momento debido y por el contrario decidió confeccionar con el fideicomitente un negocio oculto a la sociedad fiduciaria, ello significa sin más que de haberse dado el trámite que correspondía, devolver los recursos ora dejarlos en una cuenta por pagar, ninguna hipótesis podría generar réditos de esta tipología a favor del aquí actor, motivo por el cual luce evidente la no concesión.

Ahora, es cierto que no fueron devueltos estos rubros, pero dada la conducta incluso del mismo actor que se despreocupó de este dinero, y decidió, conforme lo confesó y así está demostrado en el documento de promesa de venta, pretender disponer de estos valores en un negocio oculto a la fiduciaria, lo que procedería reconocer respecto de este valor sería la indexación a partir del mismo momento de su solicitud de reintegro, esto es, abril de 2019 conforme petición que elevó a la fiduciaria en ese sentido (cfr. Derivado 000, ANEXOPARTE 001SUPERFINANCIERA.pdf, página 19).

Actualización que se haría conforme el consolidado emitido por el DANE del IPC hasta 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, el último (IPC Act.) frente al IPC inicial (IPC. Inic.) del momento histórico donde se inicia el perjuicio, para el caso, la reclamación de abril de 2019 donde pidió la devolución de los dineros, esto es, en otras palabras, $Vr. = Vh. \times (ipc. act/ipc. inic.)$.

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).

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 (...)** Estos criterios deben ser tomados en consideración por el sentenciador al momento de tasar la condena en concreto, según su arbitrium iudicis y fundamentando su decisión en las reglas de la sana crítica.”, (Sent. SC9193-2017 del 28 de junio 2017, Radicación N.º 11001-31-03-039-2011-00108-01, resaltados ajenos al texto).

En consecuencia y una vez realizada la respectiva operación matemática se reintegraría el valor de \$145.837.250,²⁹ pesos M/cte.

Vr. Histórico	\$	110.000.000,00
lpc Inicial Ab/2019		102,12
lpc Actual Ag/2023		135,39
V. Real	\$	145.837.250,29

Sobre este valor de no pagarse en la oportunidad debida se causarán intereses de mora a partir del día siguiente al plazo concedido para el pago 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.).

Del Llamado en Garantía.

Sustenta la Sociedad Fiduciaria el llamado en la cláusula 26 de indemnidad que trae consigo el contrato de Encargo de Administración de Recursos del Encargo Fiduciario Proyecto Estación San Pedro.

CLÁUSULA 26. INDEMNIDAD

1. El Encargante defenderá, indemnizará y mantendrá libre de responsabilidad a la Fiduciaria, sus directores, empleados y agentes de toda pérdida, responsabilidad, acción, demanda, daños y perjuicios que surjan como resultado de cualquier reclamo, acción o proceso efectuado o entablado contra de la Fiduciaria por un tercero como resultado de una violación de las obligaciones del Encargante aquí estipuladas, o que se relacione con las mismas, o del cumplimiento por parte de la Fiduciaria de las instrucciones dadas por el Encargante, durante el desarrollo del presente contrato y aún después de su cancelación terminación y liquidación.
2. En el evento de presentarse durante la vigencia del presente Contrato y aún después de su terminación, demandas y/o litigios contra la Fiduciaria en calidad de vocera y administradora del Encargo Fiduciario y contra la Fiduciaria misma, el Encargante se obliga a asumir con recursos propios, los gastos, costos, costas derivadas del proceso que se requieran para la defensa del Encargo Fiduciario, así como honorarios de abogados y los demás requeridos para una adecuada defensa.
3. En el evento de que en cualquier proceso pretenda hacerse efectiva responsabilidad alguna frente a la Fiduciaria o al presente encargo, la Fiduciaria se reserva la facultad de efectuar el correspondiente llamamiento procesal en garantía frente al Encargante, quien con la suscripción del presente Contrato se obliga a hacerse parte dentro del correspondiente proceso y a salir en defensa de la Fiduciaria y del presente Encargo según sea el caso.

A propósito de esta citación, la curadora *ad litem* designada para que asumirá la defensa jurídica del Grupo Stirling ante imposibilidad de ser notificado, propuso como medio defensivo el que llamo “**RESPONSABILIDAD DE FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA El que paga mal paga dos veces.**”.

Frente a esta figura, se ha ilustrado:

“...Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de **la llamada pretensión revérsica**, o la ‘proposición anticipada de la pretensión de regreso’ (Parra Quijano), o el denominado ‘derecho de regresión’ o ‘de reversión’, como lo ha indicado la Corte, **que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, ‘a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia’** (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, **la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, ‘se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago’**”, (CSJ, SC 24 oct. 2000, rad. n.º 5387, reiterada SC4066, 26 oct. 2020, rad. n.º 2005-00512-01, resaltados ajenos al texto).

Recientemente se dijo:

“A términos de lo establecido por los artículos 54 a 57 del Código de Procedimiento Civil [actuales artículos 64 a 67], con el llamamiento en garantía, que en sentido amplio se presenta **siempre que entre la persona citada y la que la hace citar exista una relación de garantía**, o con la denuncia del pleito que a esto también equivale, **la relación procesal en trámite recibe una nueva pretensión de parte que, junto con la deducida inicialmente, deben ser materia de resolución en la sentencia que le ponga fin**’ (SC del 13 de noviembre de 1980)... (negrilla fuera de texto, SC042, 7 feb. 2022, rad. n.º 2008-00283-01)

(...) Por ende, no basta con la resolución de la demanda principal para satisfacer el principio de congruencia, sino que también debe decidirse el llamamiento, el cual es fruto de una relación jurídica diferente a la conformada entre demandante y demandado.

Así lo tiene decantado esta Corte: «tratándose de la denuncia del pleito o del llamamiento en garantía, ‘se distingue (...), en ambos casos, que unas son las relaciones entre las partes, demandante y demandado, y otras, distintas, las del denunciante y el llamado, y la parte que los convoca, cada una, por lo tanto, con **pretensión propia, dado que como es apenas de verse, sus vínculos materiales son independientes**’» (negrilla fuera de texto, SC342, 15 dic. 2005, exp. n.º 25941; reiterada SC, 30 ag. 2010, rad. n.º 2000-00115-01).”, (Sent. SC2850 de 2022).

En otras palabras, el aceptar el llamado por cumplir las formalidades de que trata su citación, artículo 64 del CGP., puede conducir o no a que este se vea compelido a resarcir el perjuicio enrostrado y declarado en la sentencia, valoración que habrá de resolverse en la sentencia sí y solo sí, existe de la relación de garantía la conexidad “...sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía.”, (inc. final art. 66 *ibídem*).

Lo anterior implica precisar que esta vía no es panorámica, es decir, no trata de verificar ningún tipo de responsabilidad al llamado pues aquél fue citado al litigio, no por sus conductas, sino en razón al pacto legal o contractual al cual se vería compelido en caso de condena frente a quién sí se demandó por su actuar.

Nótese que incluso so capa de resolver en economía procesal con un análisis extensivo, ello daría paso a una extralimitación y vulneración de los derechos fundamentales del llamado, pues no es lo mismo defenderse sobre la base de situaciones enrostradas y objeto de debate que fueron adelantadas o llevadas a cabo por quien lo citó (escrito de demanda y contestación) y a propósito de la procedencia o no sustancial del llamado (escrito de solicitud de llamado), que entrar a defenderse sobre sus propias conductas surgidas en el transcurso del proceso por diversos medios de pruebas, aspectos que no obrarían en la demanda, contestación y llamado y lo cual en consecuencia limita al juzgador en su pronunciamiento.

Implica lo anterior, que como no tuvo la oportunidad de ejercer su defensa de cara a sus propias actuaciones, bajo el principio de congruencia, (art. 281 del CGP.), es imposible terminar condenándole por estos eventos, al margen que en el proceso existan elementos que prueben o no responsabilidad a su cargo, ya que se *itera*, ello contravendría además su derecho fundamental de defensa como núcleo esencial del debido proceso, (art. 29 C. Pol.).

Al respecto, se ha señalado que incluso so capa de resolver infra, extra y ultra petita, en los casos que autoriza la Ley, existe una limitante al tenor del principio de congruencia, y trata de aquella circunstancia fáctica en la cual “...el sentenciador **«resuelve el proceso con total y absoluto desconocimiento de los fundamentos de hecho esgrimidos por su gestor, esto es, soportado en una causa petendi en verdad inexistente, fruto de su inventiva, en tanto que hace caso omiso de los planteamientos en los que aquél respaldó la acción»** (negrilla fuera de texto, SC042, 7 feb. 2022, rad. n.º 2008-00283-01).”, (SC2850 de 2022).

Pues “De esta manera, en la referida sentencia STC 5704- 2021 la Corte coligió que cuando en un juicio de protección al consumidor se acuda a la facultad de «adoptar la decisión que se ‘considere más justa para las partes del proceso’», **el juzgador está en la obligación de motivar adecuadamente las razones que lo llevan a definir el litigio de un modo distinto a lo pretendido por el demandante, con base en los hechos alegados y probados y en las normas específicas que rigen la controversia.**”, (Sent. SC2850 de 2022, negrilla ajena al texto).

Es así, que bajo tal norte corresponde adentrarnos a analizar si la conducta desarrollada, calificada y declarada frente a la pasiva puede resultar extensiva por vía de resarcimiento al llamado, o como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia traída a colación, “...clarificar el interés que, en el deber

de garantía, tenía la llamante y la llamada en garantía, con el propósito de especificar si existía el deber de reembolso pretendido.”, (Sent. SC2850 de 2022).

Bajo tal derrotero ha de decirse que el llamamiento no tiene asidero, conforme se pasa a explicar:

No asiste discusión que estamos en presencia de una cláusula de exoneración, indemnidad, tipificada en un contrato de adhesión, es decir, solamente pende la aceptación o rechazo en su totalidad, y bajo este supuesto, al no demostrarse la negociabilidad del pacto, su bilateralidad y la cual genera un desequilibrio desproporcionado, la consecuencia señalada en la normativa es tenerse por no escrita y por ende ineficaz, máxime si el artículo 11 de la Ley 1328 enseña que es prohibido en contratos de adhesión disponer cláusulas que “d) (...) **limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades**, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.”, (resaltado ajeno al texto) cuya consecuencia prevé la misma norma, deriva en tenerse “...por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.”, (parágrafo *ibidem*).

En efecto, tiene sentada la normatividad y jurisprudencia el derrotero que “...cuando el negocio jurídico es prefigurado por una sola de las partes que lo celebran, quien establece los términos y condiciones que serán vinculantes para ellas, en tanto el rol del otro interviniente se circunscribe a la aceptación o la expresión de su voluntad en sentido negativo, esto es, de no celebrar el pacto, pues cuenta con inexistente o precario espacio para la negociación de las estipulaciones predispuestas, se está en presencia de un contrato de adhesión.”.

Cuya interpretación de las reglas contractuales debe darse “...en virtud del criterio de ‘la condición más beneficiosa’, cualquier enfrentamiento entre estipulaciones que conforman las condiciones generales, y entre éstas y una condición particular, se resuelve aplicando aquella cláusula que resulte más provechosa para el consumidor...”, (Sent. SC505-2022).

Por ello, la Corte Suprema de Justicia ha considerado abusiva la cláusula que: A) no ha sido negociada de manera individual; B) Violenta la buena fe negocial; y C) genera un desequilibrio relevante de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, (cfr. Corte Suprema de Justicia, Expediente 5670, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo quien cita al autor Rodríguez Yong Camilo Andres, -una aproximación a las cláusulas abusivas-, editorial Legis 2013 Primera Edición. Pág.49).

Bajo tan específico escenario, tenemos la existencia de un contrato tipo, esto es un contrato de adhesión, lo que presume la existencia de una parte en predisposición de los clausulados, situación que la parte demandada no desvirtuó, cuya finalidad según reza la cláusula 26 del contrato de Encargo, es liberarlo de toda responsabilidad acusada a la fiduciaria por “...*toda perdida, responsabilidad, acción, demanda, daños y perjuicios...*” provenientes por un tercero a propósito “...*de una violación de las obligaciones del Encargante aquí estipuladas, o que se relacionen con las mismas, o del cumplimiento de las instrucciones dadas (...) durante el desarrollo del presente contrato y aún después de su cancelación, terminación y liquidación.*”.

Condición que ciertamente luce desproporcionada, en tanto, busca por medio de este instrumento desvanecer o que se dejen de aplicar las consecuencias por la no observación de sus reglas de conducta como experto en el mercado en este tipo de negocios en cuanto a su obligación de administrar recursos captados del público, actividad de interés público que el Estado le permite ejercitar, en otras palabras, por esta vía busca trasladar esas consecuencias negativas por su propio, exclusivo y excluyente actuar dado su objeto social reglado a terceros no autorizados para ejercer esta función.

Luego, por donde se mire, no puede tener cabida un pacto en adhesión en el cual la parte más débil de la relación el adherente deba verse sometido a indemnizaciones por conductas que son irrogadas únicamente a las Sociedades Fiduciarias en tanto estamos en presencia de un contrato *intuitu personae*, (inciso final del art. 1226 del C. de Co.) y frente a conductas, obligaciones y deberes que resultan indelegables (art.1234 ib.).

Nótese como la norma señala que “**Son deberes indelegables del fiduciario, ADEMÁS DE LOS PREVISTOS EN EL ACTO CONSTITUTIVO, los siguientes: (...)**”, (art. 1234 *ejusdem*, resaltados y mayúsculas ajenas al texto), por ende, tal y como lo exterioriza la normativa, son indelegables los contenidos en el acto constitutivo, como aquí ocurre, la administración de los recursos y por demás, los legales exigidos en el ejercicio que desarrolla.

Además, de observar las ocho (8) hipótesis siguientes de dicho precepto, para el caso, “1) *Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, (...) 4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; [y] 7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario*”, frente los cuáles no desarrolló un actuar diligente, no protegió los dineros entregados por aquí demandante y menos le transfirió sus bienes representados en dinero concluido el negocio fiduciario.

Súmase que según se viera renglones antes, tampoco honró los que traen las Leyes 1328 y 1480 dirigidos únicamente a las vigiladas en la primera norma de carácter especial; y del proveedor o productor en la segunda, que es disposición general, entre ellos se resaltan los que aquí se cuestionaron, diligencia, transparencia, información, calidad, idoneidad y eficiencia, propios y connaturales del negocio jurídico financiero materia de discusión.

Es así como mirado este llamamiento en garantía al amparo del clausulado contractual, no puede tenerse como válido con fundamento en lo ya expuesto, y de ir más allá, no regula o puede reglar situaciones sustanciales sobre las cuáles por definición legal competen ejercer únicamente a las sociedades fiduciarias y que de suyo excluye a los demás partícipes del contrato a propósito de estas conductas.

En síntesis, se denegarán las excepciones propuestas por la demandada para dar paso a declarar la responsabilidad pedida con indemnización parcial en los términos ya referidos sin lugar a acceder al llamamiento en garantía.

No se condenará en costas, al no encontrarse causadas ni comprobadas, además que las pretensiones salieron avante 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 CORFICOLOMBIANA S.A.

En consecuencia, se le **CONDENA** a pagar con su propio patrimonio y a favor de la parte demandante, el señor JOSÉ ALFONSO MÉNDEZ GUERRERO, dentro del lapso de ocho (8) días contados desde la ejecutoria de la decisión, la suma de CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS M/cte., (\$145.837.250,²⁹).

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

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 aporte los documentos idóneos que así lo acrediten, so pena de dar paso por vía incidental al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

TERCERO: DENEGAR el llamamiento en garantía solicitado al GRUPO STIRLING S.A.S.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIDY ARNOLDO SERRANO GARCES
PROFESIONAL ESPECIALIZADO

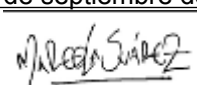
Copia a:

Elaboró:

DIDY ARNOLDO SERRANO GARCES

Revisó y aprobó:

DIDY ARNOLDO SERRANO GARCES

Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>22 de septiembre de 2023</u>  MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario