

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2022152560-027-000



Fecha: 2023-12-13 12:22 Sec.día668

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 : 2022152560-027-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2022-3611
Demandante : CARMELO FAILLACE SAID

Demandados : PROTECCION

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 Carmelo Faillace Said, por medio de apoderado judicial, demandó a Protección S.A., a efectos que se declare “...vulneró los derechos del consumidor financiero (...) y, en consecuencia; (...) Se ordene la restitución de la totalidad del monto cancelado para la adhesión al Patrimonio Autónomo Estrategias Inmobiliarias – PEI VIII, esto es, la suma de DOSCIENTOS VEINTICOHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$228.880.458)...” así como “...el pago de La suma de VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$28.000.000), correspondiente al pago parcial del crédito necesario para cubrir por la expectativa causada, y las que se sigan causando hasta la consolidación del acuerdo.”.

Como sustentó fáctico señaló que el “...día 26 de junio de 2018, se suscribió contrato de adhesión al Patrimonio Autónomo Estrategias Inmobiliarias – PEI VIII, mediante el cual, de forma voluntaria y presuntamente bien informada decidió invertir sus recursos a una alternativa cerrada que ofrecía una rentabilidad alta y un tiempo de permanencia mínima de un (1) año”, que ocasión a su vinculación transfirió a dicho patrimonio la suma de \$228.880.458,00 pesos M/cte., que con ocasión a las situaciones de Pandemia por el Covid 19 perdió el empleo y por lo mismo decidió hacer uso de estos recursos, que de cara a la solicitud de retiro y entrega de dineros se tuvo una

respuesta negativa pues se le señaló que esperará a que los mercados se normalizaran, que en el año 2021 advirtió un cambio en la valoración del producto situación que no le fue informada por la demandada y cuyas pérdidas le fueron trasladadas, que de cara a estas situaciones nuevamente solicitó el retiro y entrega de sus dineros asumiendo esta desvalorización frente a lo cual se le dijo se le entregarían los recursos en 6 meses lo cual accedió, que vista “...la certeza en la devolución de dinero efectuada por PROTECCIÓN y, ante la escases de recursos, se vio necesario acudir ante una entidad crediticia, celebrándose un mutuo que tenía cuotas mensuales por el valor de CUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.000.000), pagaderos con la devolución de recursos propiedad de mí mandante”, que llegada la fecha no le fueron entregados los dineros incluso en la actualidad y que por lo anterior citó a una conciliación que resultó fallida, (der. 000).

Notificada la pasiva, presentó escrito de contestación en el cual pidió fueran declaradas y probadas las excepciones “INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE PRESERVACIÓN DE LA INVERSIÓN Y GENERACIÓN DE RENDIMIENTOS”, “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LIQUIDEZ DEL PORTAFOLIO PARA ATENDER SOLICITUDES DE RETIRO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “CUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL DE INFORMACIÓN”, e “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL DEMANDANTE.”, (der. 007 y 008).

CONSIDERACIONES

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

DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

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

De lo anterior emerge que la naturaleza de la acción concebida en el Estatuto del Consumidor Financiero contiene una flexibilización al principio de congruencia en virtud del cual, la simetría entre lo decidido y lo planteado por las partes opera sin perjuicio, claro está, de las facultades oficiosas sea por exceso al conceder más de lo pedido (*ultra petita partium*) o pronunciarse sobre peticiones no incoadas (*extra petita partium*), ya por no resolver las pretensiones o excepciones formuladas o aquellas que debe declarar ex officio (*citra o minima petita partium*). (Cas.civ. sentencia de 12 de diciembre de 2007, expediente No. C0800131030081982-24646-01).

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

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

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

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

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

DEL CONTRATO DE INVERSIÓN.

El negocio Jurídico fuente de controversia, y que sea decirlo desde ya, no está en discusión por lo menos en su existencia, trata de aquéllos de pensión voluntaria, opción que busca facilitar el

ahorro y la acumulación de capital a mediano y largo plazo con rentabilidades sujetas al tipo de inversión que se realiza por parte de la entidad autorizada en uso del instrumento al cual se encuentra suscrito el cliente dadas sus condiciones específicas de cara a su perfil para cuando se produce su vinculación o en el desarrollo del negocio de modificarse su apetito de riesgo.

En lo que toca con el contrato celebrado en esta *litis*, trata de, en un Fondo de Inversiones Voluntarias invertido en un fondo de inversión en tipo de multiportafolio Cerrado característica que implica que su retiro no puede darse en cualquier momento sino una vez cumplida una o algunas de las condiciones señaladas en el contrato Patrimonio Estrategias Inmobiliarias – PEI.

Para esta finalidad señala el contrato allegado, que *“El plazo mínimo de permanencia en esta Alternativa Cerrada será de un año, contado a partir de la fecha de estructuración de la misma.”*, igualmente que *“...Cumplido el año de permanencia mínima, la liquidez de esta inversión es incierta y dependerá de las condiciones de mercado y las posibilidades de negociación en la Bolsa de Valores de Colombia de los títulos participativos del patrimonio autónomo PEI.”* y que *“...No existe un plazo máximo de permanencia, sin embargo, la duración de esta Alternativa Cerrada está sujeta a la duración del contrato de fiducia mercantil que da origen al Patrimonio Autónomo Estrategias Inmobiliarias y a la duración misma de los títulos participativos emitidos en desarrollo de la titularización inmobiliaria Estrategias Inmobiliarias”*.

Además, que las posibilidades de retiro de los aportes surgen *“Una vez cumplido el Plazo Mínimo de Permanencia (...) bajo alguna de las siguientes modalidades, según lo defina Protección S.A.:*

- a. **Sustitución de Afiliados:** *Protección S.A. podrá optar por permitir que otro(s) afiliado(s) ingrese(n) a la Alternativa, sustituyendo total o parcialmente la participación del afiliado que desea retirar sus aportes. Lo anterior, siempre y cuando se cuente con clientes interesados en realizar este procedimiento de sustitución, tanto en las posiciones de entrada y salida.*

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

- b. **Venta de participaciones en el mercado secundario en la Bolsa de Valores de Colombia:** *Para que opere el retiro de aportes bajo esta modalidad, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:*

- i) *Que exista un mercado secundario en el que se puedan negociar las unidades del PEI en la Bolsa de Valores de Colombia.*

- ii) *Que el monto de salida sea transable en el mercado, buscando la menor afectación posible del valor de la unidad de PEI.*

El equipo de Inversiones de Protección S.A. podrá tomarse el tiempo necesario para ejecutar la estrategia de salida según las condiciones del mercado de las unidades del PEI.

El afiliado interesado en hacer el retiro de aportes deberá realizar una solicitud a través de nuestros canales o en la zona transaccional (www.proteccion.com.co) de Protección S.A.

En todo caso, las alternativas aquí descritas serán ejecutadas por Protección S.A. bajo el criterio de no afectación de los afiliados y en desarrollo de sus obligaciones de medio, por lo cual Protección S.A. no puede garantizar la liquidez de las inversiones, sin embargo, realizará su mejor esfuerzo para atender las solicitudes de retiro de los clientes.”.

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

Igualmente, que el nivel de protección del capital es “*Ninguno. Es una inversión de tipo renta variable porque la rentabilidad no se encuentra garantizada, sino que ésta dependerá del comportamiento de las Inversiones Admisibles que conforman el Portafolio de esta Alternativa Cerrada*”.

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

Y señala el documento “*...Es un inversionista capaz de asumir el riesgo de las fluctuaciones de precios de la propiedad raíz en Colombia y que entiende que este tipo de inversiones son de largo plazo. También es un inversionista que no necesita de liquidez ni en el corto ni en el mediano plazo y entiende que es probable que, dentro de un año, cuando sea posible salir de esta Alternativa por haberse cumplido el plazo mínimo de permanencia, la salida tarde en ejecutarse un tiempo incierto, toda vez que ello depende de las condiciones de mercado para la venta de unidades.*”, (Cfr. Documento denominado “DOCUMENTO DE ADHESIÓN ALTERNATIVA CERRADA PATRIMONIO ESTRATEGIAS INMOBILIARIAS – PEI (...) FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN - PLAN INDIVIDUAL ALTERNATIVAS CERRADAS”, aportado con el escrito de demanda y con el de contestación, derivados 000, 007 y 008).

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE.

Lo primero a señalar es que, al estar en presencia de una actividad regulada considerada de interés público, (art. 78 y 335 C. Pol.¹) y la cual el Estado permite ejercer solamente a ciertas entidades como sucede con la aquí pasiva, dada la autorización que en sentido le fue proferida por vía de resolución por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, que le permite,

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

dentro de su condición administrar fondos de pensiones en las condiciones previstas en la normatividad establecida a partir de lo dispuesto en la Parte V Capítulo VI del EOSF.

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

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

Al respecto, el artículo 3º de la Ley 1328 de 2009 establece que: “...*Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros*” mismo componente que indica el literal u) del artículo 7º *ibidem* en tanto y como obligación especial de estas vigiladas, está el observar de cara a las estipulaciones contractuales, “*Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos.*”.

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

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

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

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

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

“Artículo 1.5.1.2. Operaciones de intermediación en el mercado de valores. Son operaciones de intermediación en el mercado de valores las siguientes:

1. Las operaciones ejecutadas en desarrollo del contrato de comisión para la adquisición o enajenación de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores - RNVE, o de valores extranjeros listados en un sistema local de cotizaciones de valores extranjeros; así como, las operaciones de adquisición y enajenación de tales valores ejecutadas en desarrollo de contratos de administración de portafolios de terceros y de administración de valores.

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

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

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

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

d) Las compañías de seguros en su calidad de administradoras de fondos de pensiones voluntarias, y

e) Las sociedades administradoras de inversión en su calidad de administradoras de carteras colectivas.”, (subraya ajena al texto).

Es así como el Decreto 1121 de 2008 señala: **“Artículo 1.5.1.1. Definición de la actividad de intermediación en el mercado de valores. Constituye actividad de intermediación en el mercado de valores la realización de operaciones que tengan por finalidad o efecto el acercamiento de demandantes y oferentes en los sistemas de negociación de valores o en el mercado mostrador, sea por cuenta propia o ajena, en los términos y condiciones del presente Título, para:**

1. La adquisición o enajenación en el mercado primario o secundario de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores - RNVE.

2. La adquisición o enajenación en el mercado secundario de valores listados en un sistema local de cotizaciones de valores extranjeros, y

3. La realización de operaciones con derivados y productos estructurados que sean valores en los términos de los parágrafos 3º y 4º del artículo 2º de la Ley 964 de 2005.

Parágrafo. Serán intermediarios de valores las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia con acceso directo a un sistema de negociación de valores o a un sistema de registro de operaciones sobre valores para la realización o registro de cualquier operación de intermediación de valores. (subrayas ajenas al texto).

Pues recuérdese que los intermediarios financieros hacen de mediadores entre quienes desean depositar fondos a cambio de una remuneración financiera y los inversores que están dispuestos a pagar una tasa de interés por utilizar los recursos en proyectos de inversión o consumo, como sucede con la aquí demandada.

Es así como la anterior disposición, que se encuentra igualmente regulada por el artículo 7.3.1.1.2 del citado Decreto 2555 (anteriormente el Artículo 1.5.3.2. de la Resolución 400 de 1995, subrogado por el Decreto 1121 de 2008) establece en su Capítulo III los “...Deberes de los intermediarios del mercado de valores...” así:

“Artículo 1.5.3.1. Deberes generales de los intermediarios de valores. Los intermediarios de valores deben proceder como expertos prudentes y diligentes, actuar con transparencia, honestidad, lealtad, imparcialidad, idoneidad y profesionalismo, cumpliendo las obligaciones normativas y contractuales inherentes a la actividad que desarrollan.”.

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

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

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

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

y

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

Igualmente, tienen el “**3. Deber de documentación.** Los intermediarios de valores autorizados legalmente para recibir órdenes de clientes deberán documentar oportuna y adecuadamente dichas órdenes y las operaciones sobre valores que realicen en virtud de estas.

Los intermediarios pondrán a disposición de sus clientes, de la Superintendencia Financiera de Colombia y de los organismos de autorregulación, cuando estos lo soliciten, los soportes,

comprobantes y demás registros de las órdenes y operaciones realizadas en desarrollo de la relación contractual.”

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

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

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

DEL CASO EN CONCRETO.

Visto que aquí ninguna discusión surge entre las partes de cara a la existencia de la relación contractual, damos por superado este aspecto y entramos a mirar las condiciones enrostradas soporte del presente proceso, como lo son lo atinente a la información brindada al aquí demandante al momento de vincularse al PEI, si la pérdida monetaria ocasionada en el producto puede serle una causa imputable a la aquí demandada y si conforme las solicitudes de retiro, se dieron o no las condiciones de retiro del producto y devolución de saldos.

Sobre el primer aspecto, lo primero a referir es que no es posible dar cabida a la aplicación del Decreto 661 de 2018, en aras de analizar si para el momento de ingreso del cliente al producto PEI se le hicieron los procedimientos de asesoría, recomendación profesional, consejo profesional, perfil del cliente y del producto, así como el análisis de conveniencia con el rigorismo de dicha normativa, pues de conformidad con el artículo 14 de dicha norma la entrada en vigencia estaba condicionada, sin que se cumplieran estas circunstancias para el momento de vinculación del aquí demandante, 26 de junio de 2018, conforme documental aportada.

Es así como liminalmente habremos de estarnos al reglamento allegado, documento no cuestionado ante quien se oponía la parte demandante y el cual al tenor del artículo 244 del CGP., es prueba sujeta a valoración, documento que delimita las obligaciones de la conducta de la sociedad administradora de pensiones y cesantía, sobre el cual y frente a los aspectos como perfil de riesgo y asesoría se señaló:

1.3 DIVERSIFICACIÓN DEL PORTAFOLIO DE ACUERDO CON EL PERFIL DE RIESGO Y SUS REQUERIMIENTOS DE LIQUIDEZ

La diversificación y los requerimientos de liquidez están definidos en la política de inversión de cada uno de los portafolios.

7 PERFIL DE RIESGO DEL FONDO VOLUNTARIO DE PENSIÓN

El perfil de riesgo está definido en la política de inversión de cada uno de los portafolios voluntarios de pensión.

- Objetivo de inversión y perfil de riesgo: Este Fondo está diseñado para Inversionistas que tienen como objetivo la administración de sus recursos a través de los diferentes portafolios en donde está definido el perfil de riesgo.
- Perfil de Riesgo: Los adherentes de este Fondo buscan mantener un perfil de riesgo que se ajuste a las características de cada portafolios en donde es participe el afiliado.

Artículo 53 - Deber de Asesoría: para la vinculación y atención de los Partícipes durante su permanencia en el respectivo Fondo, se cumplirá el deber de asesoría en los términos establecidos en el Decreto 661 de 2018, adicionado en el Libro 40 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010 o cualquier otra norma que lo modifique, sustituya o derogue, de conformidad con las condiciones que se establezcan en el Anexo No. 10 - Deber de Asesoría del presente reglamento.

Protección

ANEXO No. 10 DEBER DE ASESORÍA

- Términos y condiciones para el cumplimiento del deber de asesoría en la vinculación del partícipe
- Términos y condiciones para el suministro de recomendaciones profesionales mientras el partícipe se encuentre afiliado al FVP, en el caso que aplique.
Condiciones para la renuncia al derecho de recibir una recomendación profesional.

NOTA: La Sociedad Administradora incorporará en el reglamento la información relacionada con el presente anexo con la entrada en vigencia del Decreto 661 de 2018, una vez se haya regulado por parte de la superintendencia financiera.

En otras palabras, no se tenía por vía de reglamentación contextos, reglas, obligaciones y cargas diseñadas a consolidar un perfil del cliente en los términos que actualmente rige la normatividad

y tampoco estaba condicionado el deber de asesoría, pues se estuvieron hasta la vigencia de la normativa Decreto 661 de 2018.

Con todo, de cara a la normatividad primigenia y señalada como criterios generales, sí existen ciertas cargas a la pasiva como la de brindar, ejercer, adelantar, corroborar e informar debidamente al cliente en los ámbitos sean de información específica de cara a las características de este contrato de inversión ora de forma general y específica con ocasión al producto.

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

De ir más allá, ha de tenerse en cuenta que el aquí demandante ha sido insistente en señalar **no haber recibido una información cierta, suficiente, veraz, clara y oportuna** que le permitiera conocer adecuadamente la naturaleza del producto (inversión a realizar a través del Fondo Voluntario de Pensiones en un portafolio específico y sus condiciones), derechos, obligaciones, exclusiones, riesgos, costos entre otros elementos del contrato que suscribió, así como que no se realizó un debido perfilamiento como cliente inversionista y menos se le brindó la debida asesoría en este contexto, **infirmación** que traslada la carga de la prueba a la parte más robusta del proceso y quien le queda más fácil probar, para el caso la demandada.

En tal sentido, es de resaltar que por Ley, la Entidad Vigilada es quien debe probar acató sus obligaciones de información, razón por la cual tiene a su cargo la guarda y custodia los elementos que dieran cuenta de lo anterior y con ello entrar a desvirtuar esas circunstancias que se le enrostran, por supuesto, sin perjuicio de allegar otros medios de prueba que den cuenta de este actuar de cara a la libertad probatoria de estos juicios, pues ha de tenerse en cuenta que la normativa aplicable a la colocación del producto le exigía, según lo atrás visto, por un lado el documentar cada una de las órdenes dadas por el inversionista y de otro brindar una información general y específica en términos del Decreto vigente para cuando se vinculó el aquí demandante dada la ausencia de reglamentación a dicho propósito emitida por la misma demandada.

Por otro lado, no es de recibo el argumento de la pasiva en señalar y pretender exonerarse de este tipo de responsabilidad bajo el amparo del artículo 6° de la Ley 1328 de 2009, es decir, que el aquí cliente diligenció los formularios de vinculación, sin preguntar, informarse e indagar sobre el producto objeto de estudio, pues aún so capa de tener como cierta dicha circunstancia, ello en nada le exonera del deber de brindar una información y una asesoría en los términos que dispone la Ley vigente para ese momento, Decreto 2555 de 2010, pues tanto con la normatividad general establecida en la Ley 1328 como norma especial y Ley 1480 como regla general aplica a cualquier desarrollo del deber de información de todas las Entidades Vigiladas con sus clientes, potenciales clientes y/o usuarios, por demás se ven aparejadas con las disposiciones especialísimas que reglan las actividades en el mercado de valores y que se derivan de la Ley 964 y sus reglamentaciones.

En efecto, la dinámica de la bilateralidad del proceso de información en la vinculación a un producto parte de la iniciativa del profesional del mercado quien ha de proporcionar la misma con

todos los requerimientos legales al consumidor, y en desarrollo de las normas del mercado de valores, tal información no puede entregarse adecuadamente **si el funcionario del intermediario no realiza adecuadamente cada una de estas obligaciones como lo pregona la norma.**

Y es que el artículo 7.3.1.1.1 del Decreto 2555 expone como deberes generales de , *“proceder como expertos prudentes y diligentes, actuar con transparencia, honestidad, lealtad, imparcialidad, idoneidad y profesionalismo, cumpliendo las obligaciones normativas y contractuales inherentes a la actividad que desarrollan.”* y **específicos como el de informar** *“...a sus clientes o posibles clientes en operaciones de intermediación sea objetiva, oportuna, completa, imparcial y clara.”*, aspectos tales como *“...la naturaleza jurídica y las características de las operaciones de intermediación que se están contratando, y las características generales de los valores, productos o instrumentos financieros ofrecidos o promovidos; así como los riesgos inherentes a los mismos.”*.

Bajo tal contexto, el representante legal de la pasiva señaló que tal situación reposa en el documento de adhesión que fuere entregado al demandante, mismo decir del testigo, señor Hernando Yesid Córdoba Sánchez, quien fuere el asesor de este producto, pues refirió que además de informarle cómo era el producto, cómo funcionaba y otros detalles, en la oficina se le entregó la ficha técnica, a su turno, el señor Carmelo Faillace Said señaló que el documento de vinculación exhibido y respecto del cual reconoció firmó, le fue entregado pasados unos días de su vinculación por remisión que se le hiciera a su correo electrónico.

Siendo esto así, ha de verificarse si el documento contenía la información aquí requerida por normatividad, y si el contenido puede ser de fácil comprensión para un cliente inversionista conforme la calidad que tenía el actor.

Bajo este postulado, se hace un paréntesis para señalar que tanto el testigo y asesor, señor Córdoba Sánchez, como el representante legal de la pasiva fueron coincidentes en señalar que el aquí demandante hizo varios pagos en diversas fechas, a su turno, así lo refirió el demandante en su interrogatorio, y al efecto para ser más específicos en interrogatorio exhaustivo se señaló que los dineros entregados con destino a este producto fueron por \$31.194.111,00 de pesos M/cte., el día 9 de mayo de 2017, \$22.800.000,00 de pesos M/cte., el 11 de mayo de 2017, \$100.000.000,00 de pesos M/cte., el 26 de junio de 2018, \$8.000.000,00 de pesos M/cte., el 27 de junio de 2018 y \$22.000.000,00 de pesos el 29 de junio de 2018.

Esto significa sin más, que no hay noticia y por demás no se aportó elemento alguno que diera cuenta de los documentos de vinculación al producto en fechas anteriores al 26 de junio de 2018 que fuere el formato allegado por la actora y la pasiva para demostrar este fin, sin embargo, tal ausencia de prueba no puede arribar a señalar que esta conducta sea la generadora del daño a resarcir, pues ciertamente, como se viera el demandante de forma posterior continuó con su vinculación e incluso realizó aportes adicionales en cuantías significativas, por demás para dicho momento temporal, mayo de 2017 ningún reparó se presenta en el libelo, pues todo aduce a la vinculación a partir de junio de 2018.

Por ende, bajo tal derrotero es que comienza el análisis del litigio, para indicar de entrada en cuanto a la información sobre los puntos en discusión, que no se avizora sea indebida la que

fuere otorgada y respecto de la cual el actor confesó recibir, pero no detenerse a leerla cuando le fue suministrada a su cuenta de correo electrónico días siguientes a su vinculación de junio de 2018, la información contenida en el contrato de vinculación y que se procede a desglosar.

En lo que compete a la naturaleza jurídica y características de las operaciones de intermediación que se están contratando, señala el documento:

**DOCUMENTO DE ADHESIÓN ALTERNATIVA CERRADA
PATRIMONIO ESTRATEGIAS INMOBILIARIAS - PEI**

FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN – PLAN INDIVIDUAL ALTERNATIVAS CERRADAS

Nombre de la Alternativa Cerrada	Patrimonio Estrategias Inmobiliarias – PEI
Descripción de la Alternativa	<p>Es una Alternativa Cerrada dentro del Fondo de Pensiones Protección. Para los efectos de esta Alternativa, el Fondo de Pensiones Protección invierte, por conducto del Portafolio PEI, en una titularización inmobiliaria efectuada por el Patrimonio Autónomo Estrategias Inmobiliarias (en adelante PEI). A su vez, esta Alternativa Cerrada invierte en el Portafolio PEI.</p> <p>La mencionada titularización se estructura con la emisión de títulos de contenido participativo emitidos por PEI. El Agente de Manejo del Patrimonio Autónomo es la Fiduciaria Corficolombiana.</p>
Plazo de la Inversión	<p>El plazo mínimo de permanencia en esta Alternativa Cerrada será de un año, contado a partir de la fecha de estructuración de la misma.</p> <p>Cumplido el año de permanencia mínima, la liquidez de esta inversión es incierta y dependerá de las condiciones de mercado y las posibilidades de negociación en la Bolsa de Valores de Colombia de los títulos participativos del patrimonio autónomo PEI.</p> <p>No existe un plazo máximo de permanencia, sin embargo, la duración de esta Alternativa Cerrada está sujeta a la duración del contrato de fiducia mercantil que da origen al Patrimonio Autónomo Estrategias Inmobiliarias y a la duración misma de los títulos participativos emitidos en desarrollo de la titularización inmobiliaria Estrategias Inmobiliarias.</p>
Nivel de Protección del capital	Ninguno. Es una inversión de tipo renta variable porque la rentabilidad no se encuentra garantizada, sino que ésta dependerá del comportamiento de las Inversiones Admisibles que conforman el Portafolio de esta Alternativa Cerrada.
Inversiones Admisibles	<p>La Alternativa Cerrada invertirá en el Portafolio PEI, el cual, a su vez, invertirá en una titularización inmobiliaria efectuada por el Patrimonio Autónomo Estrategias Inmobiliarias (en adelante PEI). Los títulos podrán ser adquiridos en el mercado primario o secundario.</p> <p>Adicionalmente, la Alternativa Cerrada también podrá invertir, aunque en menor proporción, en títulos de renta fija con vencimiento máximo a 1 año, encargos fiduciarios y cuentas de ahorro para el manejo de la porción líquida del Portafolio.</p>
Perfil del Inversionista	Inversionista de mediano a largo plazo, con diversas tolerancias al riesgo, que desea diversificar su portafolio actual con exposición a activos poco relacionados con los actuales de Multinversión y con retornos esperados en pesos potencialmente interesantes. Es un inversionista capaz de asumir el riesgo de las fluctuaciones de precios de la propiedad raíz en Colombia y que entiende que este tipo de inversiones son de largo plazo. También es un inversionista que no necesita de liquidez ni en el corto ni en el mediano plazo y entiende que es probable que, dentro de un año, cuando sea posible salir de esta Alternativa por haberse cumplido el plazo mínimo de permanencia, la salida tarde en ejecutarse un tiempo incierto, toda vez que ello depende de las condiciones de mercado para la venta de unidades.

	Al trasladar recursos desde los portafolios Abiertos de Inversión (Multiversión) a esta nueva Alternativa se podría generar una mayor comisión en Multiversión, debido a que en dicho producto el cobro de la comisión está en función del saldo en la cuenta.
Período de comercialización	Protección S.A. habilitará el ingreso de nuevos afiliados a la Alternativa Cerrada atendiendo las condiciones previstas en este Documento de Adhesión, así como las condiciones de mercado y liquidez del portafolio PEI que permita su ingreso.
Fecha de vencimiento	No tiene fecha de vencimiento, pero tiene un período de permanencia mínima de un año, contado a partir de la fecha de estructuración de esta Alternativa. Una vez cumplido este período, la Alternativa permite a los afiliados salir de ella, de conformidad con lo previsto para tales efectos en la cláusula “Posibilidad de retiro de aportes” de este Documento de Adhesión.

Esto da cuenta, grosso modo, que a disposición del demandante se pusieron elementos y definiciones que no eran ininteligibles o incomprensibles, es más, estas pocas expuestas de otras que reposan en este documento dan cuenta de las características generales del tipo de producto, los riesgos inherentes, el modelo de ingreso y salida, el tiempo de permanencia, que es un portafolio cerrado, la liquidez del fondo, que no tenía ningún tipo de protección de capital y el perfil del cliente esperado, entre otros.

Luego no es posible asentar razón de algún engaño en este contexto, otra cuestión es que el cliente no leyera en la debida oportunidad sobre las condiciones que se requerían para este producto y en ese sentido elevar las reclamaciones y preguntas que le surgieran en el momento mismo en que se le puso de presente este documento y en tiempo razonable.

A su turno, frente al cuestionamiento de indebida asesoría, se debe señalar que para dicho momento competía realizarla siempre que cumpliera las condiciones vertidas en la norma, es decir antes atañía solamente para contratos de comisión y corretaje, previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 1.5.1.2 de la presente resolución, según lo señalara el artículo 1.5.3.3. del mentado Decreto sin que fuera obligación de los Fondos de Pensión para ese hito.

Ahora en lo que toca con el perfil, el testimonio del asesor, da cuenta de forma coincidente con el demandante, que para el momento de la controversia de cara al producto PEI, allá en junio de 2018, el perfil que tenía era moderado, pues así fue referido en cada una de estas etapas, además indicó el actor en interrogatorio exhaustivo que había participado en otra inversión en la cual también le fue pésimo, la cual denominó Bonos Verdes, la cual campea en un producto de alternativa cerrada y da lugar a inferir conocía de esta metodología de salida.

A su turno, ambos relatos, del demandante y testigo quien fuere su asesor, sostuvieron que la finalidad era a mediano plazo pues se buscaba el retorno para el pago de los estudios de la universidad de los hijos, es decir, tal situación tendría conexidad pues el producto comenzó en el año 2017 y los problemas no se acusaron por pedir los réditos para estudio de sus hijos, sino por su circunstancia de desempleo con ocasión a la pandemia y de cara al cambio de metodología, lo cual demuestra que el cliente acudió a estas sumas por la necesidad de situaciones imprevisibles y no condicionadas al momento de constituirse y vincularse al contrato.

Igualmente señaló el testigo que el perfil del cliente se realizó de cara a las preguntas que el mismo demandante le informó y él iba llenando la información brindada en el programa que tiene previsto la pasiva para esta finalidad, para lo cual arrojó un perfil moderado mismo que ya tenía

para junio de 2018, a su vez, que meses después se realizó otra verificación de su perfilamiento y se mantuvo en la misma condición.

Además, que este perfil era acorde a las necesidades del producto y a las mismas directrices informadas por el demandante para cuando se llevó a cabo este proceso en junio de 2018.

Por demás, el mismo demandante, señor Carmelo refirió que su ingreso se debió a que se presentaron ventanas de ingreso y salida, es decir, no era un término o metodología desconocida, y si bien puede asentir razón al actor en cuanto a que se le informara solamente lo bueno, por supuesto al partir de su dicho que no es prueba fehaciente que fuese así, en todo caso del documento entregado luce evidente las situaciones de riesgo que se acompasaban como la liquidez, la no protección de capital y ser un fondo cerrado con 2 eventos únicos de salidas, aspecto que decide el demandante relevar de su análisis al no leer conforme confesara, o en otras palabras, de asentir que el asesor no brindó la información completa que no está demostrado, en todo caso el documento puesto para su lectura sí señalaba estos eventos de los que ahora se duele, incluso el riesgo del producto entre ellos el de mercado, liquidez y crediticio. (ver imagen).

Al vincularse a esta Alternativa Cerrada, los afiliados entienden y aceptan los siguientes riesgos, características y expectativas:

- **Riesgo del Mercado Inmobiliario:** Riesgo asociado a los cambios significativos en el valor de las unidades de participación del Patrimonio Autónomo Estrategias Inmobiliarias PEI, derivados de las condiciones de los activos inmobiliarios subyacentes, entre las cuales se encuentran variables como vacancia, valorizaciones, comportamiento crediticio de los arrendatarios, concentración, daños y afectación de los activos, ingresos por cánones, duración y ratio de renovación de contratos, entre otras.
- **Riesgo Macroeconómico:** El desempeño del sector inmobiliario se encuentra altamente relacionado con el comportamiento de la economía, especialmente en lo que respecta a la actividad industrial y comercial; por ello, ante posibles cambios en las condiciones económicas, se podría ver afectado dicho sector y con ello el desempeño del Patrimonio Autónomo.
- **Riesgo de Liquidez:** Se presenta durante el periodo de permanencia mínimo (1 año a partir de la Fecha de Estructuración de la inversión) y corresponde a la no disponibilidad de los recursos invertidos antes del cumplimiento del mencionado periodo.
- **Riesgo Crediticio:** Consiste en la posibilidad de no pago de las obligaciones adquiridas por los emisores de las Inversiones Admisibles en la Alternativa. En ningún evento Protección S.A. ni el Fondo de Pensiones Protección son garantes de estas inversiones.
- **Riesgo de Contraparte:** Consiste en la posibilidad de no pago de las obligaciones de las contrapartes de las Inversiones Admisibles. En ningún evento Protección S.A. ni el Fondo de Pensiones Protección son garantes de estas inversiones admisibles.
- **Riesgo de Mercado:** Las Inversiones Admisibles serán valoradas diariamente según la reglamentación aplicable a los Fondos de Pensiones Voluntarias en Colombia. Por lo tanto, esta valoración puede generar fluctuaciones diarias en el valor de la inversión. Esto sin perjuicio de los valores a devolver por la Alternativa, según se explicó anteriormente en este Documento de Adhesión.
- **Riesgo Legal:** Corresponde a la expedición de nuevas normas en Colombia o en el exterior que exijan la modificación de alguna de las condiciones pactadas en este Documento de Adhesión. Cuando, por estos efectos, sean inadmisibles las inversiones de la Alternativa Cerrada, definidas en el apartado correspondiente, y se obligue al desmonte de las mismas, Protección S.A. ni el Fondo de Pensiones Protección son garantes de estas inversiones. Protección S.A. anunciará oportunamente si debe aplicarse alguno de estos cambios.
- **Riesgos del Administrador del Patrimonio Autónomo:** Riesgo alusivo a la real capacidad del Administrador para gestionar el Patrimonio Autónomo, propendiendo por la estabilidad financiera y operativa del mismo.
- **Riesgo de Terminación Anticipada y Riesgo de No estructuración:** De conformidad con lo previsto en los apartes correspondientes de este mismo Documento de Adhesión.

En cuanto al no retiro porque se le informó que se quedara, que no era el momento, el testigo y asesor ya referido dio cuenta de esta manifestación del actor, esto es, expresó que ello sí fue así, por cuanto se esperaba un aumento en la unidad del valor, situación que condujo al demandante a continuar con el producto, es decir, su conducta fue asentir en seguir con aquél pese a que según su dicho lo requería porque estaba sin empleo, actuar ambivalente que solamente permite colegir desde la lógica de la experiencia que la situación de requerir recursos no era tan apremiante como lo señala en su libelo, y es que requerir el dinero, es evidente que no se hubiese esperado a que mejorara su valoración pues la necesidad de liquidez conducía a la redención sin importar la valoración monetaria para dicho momento.

Tampoco es posible prohiar o señalar, que el cambio de valoración *per se* pudiese causarle perjuicio al ser este una medida necesaria para que el producto pudiese seguir en el mercado en condiciones óptimas, cuestión distinta es la no información sobre este apuntalamiento y siempre que tuviese condiciones de salida, es decir, que para dicho momento iba a tener la liquidez que demandaba su salida ora que pudo acudir al sistema de venta de participaciones en el mercado secundario en la Bolsa de Valores de Colombia, empero nada de este segundo escenario se reseñó por la parte interesada, la parte demandante, menos se trajo acervo en dicho norte para probar que las unidades para cuando se produjo este cambio y contando con el cumplimiento de las condiciones de retiro (redención) se traducen en un perjuicio a declarar a su favor.

Con todo, si asiste al plenario una conducta desarrollada por la demandada, que condujo a obligarse no de cara al mandato y tipología de contrato como de medio, sino a la arista de un resultado cierto, específico, en tiempo determinado y monto, carga que no acató pese a dicho compromiso conforme la prueba allegada.

Nótese que acorde al comprobante de pago adosado al plenario con la demanda, página 43 del PDF, se le indicó al consumidor financiero de cara a su solicitud de retiro con fecha de registro del “27/09/2021 16:08:36”, que se realizaría “**RETIRO TOTAL DEL PRODUCTO**”, con “**Fecha de pago 07/02/2022**” en cuantía de \$186.478.222.⁵⁹, es decir, por medio de un documento entregado al actor, por la circunstancia que fuere, la aquí demandada se comprometió al pago en estas condiciones, carga desatendida.

Protección

Comprobante de retiro
P. ESTRATEGIAS INMOBILIARIAS / Nro.
850387886

Solicitud Nro. 10222762

Retiro registrado a través de ODS BARRANQUILLA	Identificación CC 85.469.597	Nombre CARMELO FAILLACE SAID
--	--	--

Información de pago

Medio de pago Transferencia	Beneficiario de pago CC 85469597
---------------------------------------	--

Cuenta destino
BANCOLOMBIA S.A. AHORROS 47720924923

Información del retiro

Tipo de retiro RETIRO TOTAL DEL PRODUCTO	Fecha de registro 27/09/2021 16:08:36	Fecha de pago 07/02/2022
Orden en que se tomaron los aportes Múltiple	Rendimientos en el retiro -\$3.258.867.17	Cobro por comisión \$0.00

PORTAFOLIO	VALOR DEL RETIRO	RETENCIÓN POR RENDIMIENTOS	RETENCIÓN CONTINGENTE	VALOR A RECIBIR
ESTRATEGIAS INMOBILIARIAS	\$186,478,222.59	\$0.00	\$0.00	\$186,478,222.59
TOTAL	\$186,478,222.59	\$0.00	\$0.00	\$186,478,222.59

① Recuerde que los aportes con retención contingente que se retiran antes de los cinco (5) o diez (10) años generan cobro de retención en la fuente adicional, del 7% por rendimientos financieros.

② Protección no asume responsabilidad por la disminución del valor de unidad por cuanto es de la naturaleza de los portafolios soportar las fluctuaciones en el precio de los activos en los que están invertidos.

Y es que no puede ser de recibo, que el documento nunca debió salir porque era interno para tramitar el retiro sujeto a liquidez, que el contrato y reglamento establecían las condiciones de retiro o que estaba sujeto a contar con suficiencia de dineros, pues lo cierto es, que con esta conducta que también genera derecho y modifica las relaciones contractuales más en contratos que son consensuales, no puede colegirse nada diferente a obligarse al pago del cliente sobre esta suma y en dicha fecha, por demás, a de recordarse que cualquier interpretación debe hacerse a favor del consumidor, (arts. 4º y 34 de la Ley 1480).

Súmase que al tenor del artículo 23 de la Ley 1480, “...Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, **serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información.**”, (negrilla ajena al texto).

Es así como es posible establecer, **la existencia de la relación contractual** que no fue objeto de discusión, **la conducta culposa** que se traduce en la falta de este deber contractual y legal último como quedara expuesto, conducta que se soporta en que no se acató u honró la carga comprometida para que llevará a cabo frente al aquí demandante de cara al monto a devolver en fecha cierta y **un perjuicio** patrimonial que se traduce precisamente en que el aquí demandante se vio en la imposibilidad de obtener su dinero al momento en que pidió su redención, 27 de septiembre de 2021, con fecha de pago el 7 de febrero de 2022, cuya **causalidad** trata precisamente de cara a la no diligencia y conducta a desarrollar por la pasiva frente a la entrega de esta documental y le obligaba a entregar estos réditos.

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

Superados los elementos de responsabilidad, queda por establecer la forma de resarcimiento.

Para el efecto, y conforme se pidiera en prueba de oficio, se allegó certificación del valor de unidad, número unidades y valor saldo de la inversión PEI para las fechas a) 27 de septiembre de 2021, b) 7 de febrero de 2022 y c) a la fecha de expedición de la certificación, 14 de septiembre de 2023, (derivado 025).

1. Certificar valor de unidad, número unidades y valor saldo de la inversión PEI del demandante, específicamente para las siguientes fechas:

- a) 27 de septiembre de 2021.
- b) 7 de febrero de 2022 y
- c) a la fecha de expedición de la certificación.

	Valor de unidad	Unidades totales	Saldo en pesos.
a) 27 de septiembre de 2021:	2932,5435	64154,852	\$188.136.891
b) 7 de febrero de 2022	2897,6805	64154,852	\$185.900.261
c) a la fecha de expedición de la certificación.	1620,3869	59331,68	\$96.140.278

El cálculo correspondiente al literal c), corresponde al 14 de septiembre de 2023.

Imagen que da cuenta que para el momento del pago al cual se comprometió la pasiva, 7 de febrero de 2022, el valor de las unidades estaba cuantificado en \$185.900.261,00 pesos M/cte., suma que se tendrá como válida para el resarcimiento del valor a declarar conforme lo aquí referido.

Y es que se adopta esta cuantía como quiera que se evidencia de la conducta del señor Carmelo Faillace Said que en todo caso, sí deseaba invertir en un portafolio que le permitiera el retiro en un mediano plazo, que tenía este producto desde el año 2017, que su solicitud de salida no era el objeto para el cual se destinó, estudios de sus hijos, sino situaciones exógenas suscitadas por la pandemia como la pérdida de trabajo y la posterior modificación de valoración de la unidad, que pese a solicitar el retiro en su momento por esperar mejorará en su cotización el valor de la unidad decidió continuar y que no leyó el documento contentivo de las características del contrato al cual se vinculó por su propia omisión, lo cual le hubiese permitido cuestionarlo al momento de vinculación, allá en junio de 2018 y no cuatro (4) años después.

Además, como esta suma para dicho hito, febrero de 2022, y en la hora actual ha sufrido una desvalorización por el cauce del tiempo lo cual es un hecho notorio, habrá de reconocerse la actualización conforme el consolidado emitido por el DANE del IPC desde la data expuesta a la fecha de esta sentencia según la serie de empalme que obra en la página web de dicha entidad, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-alconsumidor-ipc>, cuya fórmula reconocida trata de Valor Real (vr) es igual (=) a Valor Histórico (Vh) multiplicado por el resultado que da de dividir (/) el IPC Actual (IPC Act.) último frente al IPC inicial (IPC. Inic.) del momento histórico donde se debió realizar el pago.

Esto es, en otras palabras, $Vr. = Vh. \times (IPC. act/IPC. inic)$, para arrojar esta operación matemática y como reintegro por ambos conceptos la suma de \$210.909.541,⁹⁸ pesos M/cte.

Vh	\$	185.900.261,00
IPC Jul/2022		120,27
IPC Oct/2023		136,45
V Real	\$	210.909.541,98

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

Además que es deber la reparación integral que trae el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 283 del Código General del Proceso, sobre los cuales la jurisprudencia ha indicado que **“...al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior...”, y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada**

de resarcir el perjuicio'» (negrilla fuera de texto, SC5340, 7 dic. 2018, rad. n.º 2003-00833-01, reitera el precedente SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).”, (Sent. SC2847-2019 del 26 de julio de 2019, Radicación N.º. 41001-31-03-002-2008-00136-01, negrillas ajenas al texto). Pues **“Lo anterior significa que el juez tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y ecuaníme de los perjuicios que sufre la víctima y le son jurídicamente atribuibles al demandado, (...) La reparación integral de los perjuicios exige, de igual modo, que en cada caso el juez tome en consideración las circunstancias específicas en que tuvo lugar el hecho dañoso (...)”**, (Sent. SC9193-2017 del 28 de junio 2017, Radicación N.º 11001-31-03-039-2011-00108-01, resaltados ajenos al texto).

En cuanto a la forma de pago se procederá así; (i) con cargo al portafolio por el tanto que corresponda al momento de la redención en cumplimiento de esta sentencia; y (ii) por el saldo que resulte entre la sustracción del valor condenado y pagado con cargo al portafolio, será pagado con los dineros de la demandada dadas la conductas aquí descritas, su calidad de experto en el mercado, la obligación de obrar como buen hombre de negocios y el deber de administrador de los dineros puestos a su resorte.

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

No se accederá a la pretensión de pago de \$28.000.000,00 de pesos M/cte., por concepto de **“...pago parcial del crédito necesario para cubrir por la expectativa causada, y las que se sigan causando hasta la consolidación del acuerdo.”**, pues ciertamente, con este *petitum* lo que busca es que se pague un crédito que tomó en su valor de desembolso cuyo dinero utilizó o viene utilizando, es decir, no es esta una suma que tenga conexidad con Protección S.A.

Y es que una cosa es verse compelido a tomar un crédito para responder por una obligación del hogar como los estudios de sus hijos de los cuales hizo alusión en su interrogatorio, lo que aquí no da cuenta en tanto de las imágenes del crédito otorgado trata de aquellos de libre consumo, es decir, no se probó lo apremiante de sacar este sin que sus dichos sean suficiente elemento de prueba, esto como quiera que rompiera el principio de que nadie puede ser artífice de su propia prueba.

A lo que suma que cabría algo de razón en cuanto a pedir los intereses causados por este crédito y los pagos por seguros obligatorios, por supuesto bajo el supuesto del apremio de la necesidad de tomarlo, pues si lo era para el estudio de sus hijos como era la finalidad, ya que la urgencia por el desempleo quedó desvirtuada renglones atrás al decidir esperar una mejor cotización de la unidad de valor, y para lo primero bien pudo aportar las matrículas que den cuenta de los costos y que fueren correlativos con el monto pedido y desembolsado, aspectos no probados, cargas que le compelián al tenor del artículo 167 del CGP.

The screenshot displays the Scotiabank COLPATRIA interface for a credit account. On the left, it shows the account number 157419336271 and a balance of \$193,431,785. Below this, it lists the credit value (\$200,000,000), the last payment date (Mar 28, 2022), and the next payment date (Apr 25, 2022). It also shows interest rates of 9.9% and 0.79%. On the right, a table titled 'Tus movimientos' lists transactions from December to March 2022, including several payments and a final disbursement of \$200,000,000.

TIPO	FECHA	DESCRIPCIÓN	MONTO
MARZO	LUN 28	PAGO	\$4,012,107.50
MARZO	MAR 01	PAGO	\$4,022,863.68
ENERO	MIE 26	PAGO	\$4,007,062.69
DICIEMBRE	MIE 15	PAGO	\$4,003,972.27
NOVIEMBRE	VIÉ 05	DESEMBOLSO	\$200,000,000.00

De la tacha.

Se tacharon los testigos que trajo la pasiva, por sospecha e interés al ser empleados de la demandada, sin embargo, de cara a las pruebas recaudadas, las confrontaciones de sus informaciones rendidas en la declaración con las recibidas a las partes advierten tiene coincidencia en lo relatado y ello da cuenta que fueron responsivos, imparciales y veraces, lo cual permite señalar que la tacha no puede tener prosperidad.

En síntesis, no se abrirá pasó a las excepciones propuestas por la demandada y se accederá de forma parcial a las pretensiones sin lugar a condena en costas, al no encontrarse causadas ni comprobadas, además que como se dijera las pretensiones salieron avante de manera parcial, (numerales 5° y 8° 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En consecuencia, se le **CONDENA** a pagar al demandante, señor CARMELO FAILLACE SAID, dentro del lapso de ocho (8) días contados desde la ejecutoria de la decisión, la suma de DOSCIENTOS DIEZ MILLONES NOVECIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN PESOS con NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (\$210.909.541,⁹⁸) M/cte.

La forma de pago será así; (i) con cargo al portafolio por el tanto que corresponda al momento de la redención en cumplimiento de esta sentencia; y (ii) por el saldo que resulte entre la sustracción

del valor condenado y pagado con cargo al portafolio se sufragarán con los dineros de la demandada.

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

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS
PROFESIONAL ESPECIALIZADO

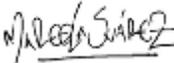
Copia a:

Elaboró:

DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS

Revisó y aprobó:

DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS

Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>14 de diciembre de 2023</u>
 MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario