



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES**



Superfinanciera

Radicación: 2022100639-125-000

Fecha: 2024-08-16 10:40 Sec.día8228

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::249-249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA

Remitente: 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 : 2022100639-125-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 249 249 SENTENCIA ESCRITA NIEGA
Expediente : 2022-2123
Demandante : RAFAEL HUMBERTO OTALORA PINEDA
Demandados : ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. SIGLA ACCIÓN
FIDUCIARIA
Anexos :

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

SENTENCIA

Mediante escrito, el señor RAFAEL HUMBERTO OTALORA PINEDA y por medio de abogado demandó a la Sociedad Fiduciaria Acción Sociedad S.A., con la finalidad de que se le declarara la responsabilidad civil contractual y, en consecuencia:

“...1. se DECLARE que en el entendido de que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA no podrá SUSCRIBIR LA ESCRITURA PÚBLICA DE TRANSFERENCIA A TÍTULO DE RESTITUCIÓN EN FIDUCIA MERCANTIL EN LOS TÉRMINOS CONTEMPLADOS EN EL CONTRATO DE VINCULACIÓN COMO APORTANTE DE AREA, en el ANEXO 1 del Contrato de Vinculación Como Aportante de Área, ANEXO 1 también denominado como LOS ACUERDOS PRIVADOS, conforme los incumplimientos antes detallados en los hechos de la demanda, y que mi poderdante cumplió a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones emanadas de los diferentes contratos suscritos.

2. Que conforme a la anterior declaración se ordene el CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO pagando a mi poderdante el valor de los inmuebles objeto de los contratos suscritos, -ejecución en



equivalente-, con indemnización por los perjuicios de mora las siguientes sumas de dinero, tal y como lo establece el Artículo 1506 del Código Civil así:

2.1. Solicito que la sociedad demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A sea condenada a pagar al señor RAFAEL HUMBERTO OTALORA PINEDA la suma de MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$1.298.529.939), valor éste que corresponde al inmueble que debía transferir, o sea el APARTAMENTO 504, dos (2) Parques y un (1) Depósito a título de Restitución en Fiducia Mercantil en la fecha y Condiciones estipuladas en la cláusula DÉCIMA SEGUNDA DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN COMO APORTANTE DE AREA EN EL FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II.

2.2. Solicito que la sociedad demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A sea condenada a pagar al señor RAFAEL HUMBERTO OTALORA PINEDA los intereses moratorios a la máxima tasa mensual legal permitida por la Ley la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS M/CTE (\$1.751.402.813.00), causados desde el 19 de enero de 2017 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago total.

2.3. Solicito que la sociedad demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. sea condenada a pagar al señor RAFAEL HUMBERTO OTALORA PINEDA la suma de CIENTO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$100.000.000.00), que corresponde al valor de (2) DOS GARAJES ADICIONALES, estimados cada uno en CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00).

2.4. Solicito que la sociedad demandada ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. sea condenada a pagar al señor RAFAEL HUMBERTO OTALORA PINEDA los intereses moratorios a la máxima tasa mensual legal permitida por la Ley suma de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS M/CTE (\$134.875.813.00), y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago total del capital.

2.5. Solicito se condene en costas a la Sociedad Demandada.”, (derivado 000).

Notificadas las demandadas en tiempo presentaron escritos de contestación de la demanda y propusieron medios exceptivos los cuales denominaron: (i) relatividad de los contratos; (ii) prescripción; (iii) falta de legitimación en la causa por activa; (iv) falta de legitimación en la causa por pasiva; (v) cosa Juzgada (Art. 303 del C.G. del P.); (vi) cumplimiento de los deberes fiduciarios; (vii) incumplimiento de la demandante; (viii) excepción de contrato no cumplido; (ix) no hay responsabilidad de la fiduciaria – Limitación de responsabilidad: los asuntos demandados no son responsabilidad de la fiduciaria; (x) inexistencia de daño y (xi) mala fe y temeridad, (derivado 023).

A su turno, se alegaron como medios de defensa de fondo por parte de la Fiduciaria las que denominó: (i) Inexistencia de cualquier relación con la parte demandante; (ii) inexistencia de la relación de consumo; (iii) Falta de legitimación en la causa por activa y pasiva; (iv) Caducidad; (v) Prescripción y (vi) Falta de competencia e improcedencia de la acción propuesta por tratarse de unas pretensiones de talante ejecutivo, (derivados 019 y 020)

Sobre las excepciones, se corrió traslado a la parte actora, quien no se pronunció, (derivados 022 y 023).

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 recordarse que con ocasión al mandato constitucional derivado del artículo 78 de la Carta Política, expidió el legislador la Ley 1480 con el fin de regular cuestiones de consumo de forma general.

Estatuto que no enseña en su artículo 4º que *“Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley. (...)”*.

Y que *“En lo no regulado por esta ley, en tanto no contravengan los principios de la misma, de ser asuntos de carácter sustancial se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio y en lo no previsto en este, las del Código Civil. En materia procesal, en lo no previsto en esta ley para las actuaciones administrativas se le aplicarán las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y para las actuaciones jurisdiccionales se le aplicarán las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en particular las del proceso verbal sumario.”*.

Igualmente, que *“...Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son: (...) 3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios (...)”*.

Regulación que, en sus requisitos y forma de proceder, trae entre otros postulados el de interpretación a favor del consumidor de la Ley como del contrato, (arts. 4 y 34 *ejusdem*), el de permitir o facultar la notificación por cualquier medio eficaz, (num. 7º *idem*), el de flexibilizar el principio de congruencia consagrado en el art. 281 del CGP, ya que se faculta para adoptar decisiones *infra, extra y ultra petita* según los hechos probados (num. 9º del art. 58 ib. y Cfr. Sent SC2879 de 2022), el de vincular de oficio al productor o proveedor (num. 6º ib.), el de sancionar de cumplirse las hipótesis del numeral 10 de este artículo 58 así como por incumplir una conciliación transacción o sentencia, (num. 11 *ibidem*).

Y dentro de sus principios, se pueden resaltar sin que sean los únicos, que debe ser un procedimiento expedito, ágil, económico y eficiente, sencillo y de fácil acceso a toda la comunidad, que los ritualismos se reducen a su mínima expresión, que debe estar presente el derecho de defensa, contradicción y garantía del debido proceso, el de interpretación a favor del consumidor y que es un proceso para la protección de los derechos al consumidor.

Luego no serían aplicables aquellas normas que se sirven para terminar condenándole, (cfr. antecedentes del proyecto de Ley número 252 de 2011 en el Senado y en Cámara Proyecto de Ley número 089 de 2010 contenido en las gacetas del Congreso de la República publicadas en su página oficial) y la Sentencia C-561 de 2015 que señala que iniciar *“...procedimientos sancionatorios con fines distintos a los de satisfacer los intereses de consumidores y usuarios del sistema financiero, estarían actuando por fuera de las competencias sancionatorias que les confiere la Ley.*

Ello implicaría además una violación a la prohibición o interdicción de la arbitrariedad, elemento cardinal del debido proceso y de la Constitución Política de 1991 (...)”.



Además, debe tenerse en cuenta que las sociedades fiduciarias desarrollan la actividad profesional que les ha sido previamente autorizada por el Estado, pues solamente a ellas se les autoriza este ejercicio, (art. 1226 C. de Co. y Ley 45 de 1990), el cual al contener un contexto de expresa protección constitucional, basado tanto en el derecho del consumidor previsto por el artículo 78 citado, como en el ejercicio de la actividad financiera de evidente interés público como lo establece el artículo 335 *ibídem* cuestión además decantada por diversa jurisprudencia de la Corte Constitucional y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, es que en dicho contexto deviene aplicable el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 2555 de 2010, Ley 1328 y Circulares emitidas por la Superfinanciera sin que sean las únicas disposiciones a aplicar a los casos en concreto, no es posible entrar a dirimir cualquier controversia y menos analizar cómo aplicar la normativa procesal por encima de la especial si contradice sus principios, así como acudir a las normas específicas en materia de consumo financiero.

Bajo dicho marco, ha de decirse que si bien la Ley 1480 regula el trámite a seguir y da unos postulados a observar, no es la norma que rige el ámbito financiero, pues de cara a las definiciones y verificaciones del contrato financiero objeto de análisis existen las disposiciones especiales como las indicadas en párrafo anterior y por lo mismo deben ser las primeras a examinar para dirimir el conflicto, y en ausencia de estipulación que permita una sana interpretación del asunto puesto a resorte de esta delegatura o para mejor proveer, ha de acudirse a las reglas generales de todo consumidor, la Ley 1480.

Pues “*El artículo 5° 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 3° de la Ley 153 de 1887 y 5° de la Ley 57 del mismo año.***”, (Sent. C-005 de 1996, resaltado ajeno al texto).

A su turno, y no menos importante es relevar que la competencia para dirimir estos conflictos no es panorámica como si de un proceso declarativo ante un Juez de naturaleza ordinaria se tratara, como quiera que **su aplicación recae únicamente a las materias precisas** que el legislador le facultó instruir, por ende, su la calidad de juzgador no es de aquellas que permiten conocer y resolver de todo tipo de controversia, por el contrario, resultan ambas cualidades, la de ser Juez y estudiar los casos, restrictivas, no solamente porque así lo reza el artículo 116 de la Carta Política, sino que además, la Corte Constitucional así lo ha instruido por medio de diversas Sentencias de Constitucionalidad.

En efecto, con la Sentencia C-1641 de 2000 adujo; para que una autoridad administrativa pueda ejercer funciones jurisdiccionales deben cumplirse ciertas reglas de carácter restrictivo, a saber:

- (i) solo podrán administrar justicia aquellas autoridades administrativas expresamente señaladas en la Ley, como es el caso de las Superintendencias (artículo 116 constitucional);
- (ii) corresponde única y exclusivamente a la Ley, establecer las materias precisas sobre las cuales pueden ejercer funciones jurisdiccionales;
- (iii) pueden ser o no de carácter permanente;
- (iv) la Ley establecerá en qué casos o ámbitos no es posible el ejercicio de dichas atribuciones que corresponden en términos generales a no instruir sumarios ni juzgar delitos;
- y (v) para que una autoridad administrativa pueda cumplir funciones jurisdiccionales, debe contar con ciertos atributos de independencia e imparcialidad propios de la función judicial (artículo 228 constitucional).



Recientemente, pero de forma más contundente expuso, por medio de la Sentencia C-318 de 2023 que a su vez citó la Sentencia C-896 de 2012, que “...**la Ley solo puede otorgarles facultades jurisdiccionales a las autoridades administrativas ‘en materias precisas’** (CP art 116). Este mandato de precisión se refiere, como puede verse, a las ‘materias’ sobre las cuales recaen las funciones jurisdiccionales y se concreta en cinco principios: (i) **definición clara, puntual, fija y cierta de las materias;** (ii) **se debe impedir que las competencias comprendan campos demasiado amplios de acción judicial;** (iii) **las materias deben interpretarse de forma restrictiva;** (iv) **la disposición de una competencia a prevención, y el establecimiento de un recurso de apelación ante la rama judicial, no desvirtúan los anteriores principios del mandato de precisión;** (v) **para precisar las materias, el legislador puede recurrir a diversas técnicas, pero en cualquiera de ellas debe haber claridad, puntualidad, fijeza y certeza...**”, (negritas ajenas).

Para concluir que “...**La Constitución solo admite el otorgamiento de función jurisdiccional a determinadas autoridades administrativas respecto ‘materias precisas’** (CP art 116). El compromiso constitucional se concreta, entre otras exigencias, **en la prohibición para el legislador de conferir esta clase de facultades a los órganos administrativos, cuando las materias se definan de una manera imprecisa, ya que los entes administrativos no pueden ejercer competencias que no sean ‘puntuales, fijas y ciertas’**, según los adjetivos que utilizó la Corte Constitucional en la sentencia C-896 de 2012. Es decir, **la atribución de competencias jurisdiccionales, en este caso, debía ser delimitada de una forma exacta e indubitable (puntual), no ser en extremo variable (fija) y ofrecer un ámbito previsible de actuación jurisdiccional (ciertas) (...)**”, pues “...**cualquier desconocimiento de las condiciones de asignación de funciones jurisdiccionales, previstas en el artículo 116 superior, acarrea la ‘infracción simultánea’ del debido proceso y del principio de separación de funciones** (CP arts 29 y 113)”, (resaltados ajenos).

Todos estos derroteros que entraran a armonizarse y aplicarse en el presente proceso.

De la falta de legitimación.

Se cuestiona por la pasiva y vinculada, en escrito de contestación conjunto, una falta de legitimación en la causa por ambas vías.

Por activa, dado que el demandante al tener la “...**calidad de beneficiario y no de fideicomitente no puede ejercer la acción de responsabilidad fiduciaria que está siendo ejercida en esta demanda, como lo ha indicado la jurisprudencia arbitral (...)**”, y como “...**la única relación que tiene el demandante con el contrato de fiducia es el contrato de vinculación que, de conformidad con su cláusula novena sólo le otorga la calidad de beneficiario del contrato de fiducia, entonces, frente al demandante, la Fiduciaria no tiene ninguna obligación propia de este contrato (del de fiducia), pues este no es fideicomitente.**”.

Por pasiva, por cuanto “**La Fiduciaria no está legitimada para ser demandada por actuaciones propias de los fideicomitentes y, sobre todo, por obligaciones que no le corresponde a esta.**” y “...**Tampoco está legitimada para ser demandada en nombre propio por razones u obligaciones concernientes y en cabeza del patrimonio autónomo, que es aquello pretendido en la presente demanda.**”.

Por otro lado, en los alegatos de conclusión, adujo el apoderado judicial no existe relación de consumo, como quiera que el demandante se vinculó con ocasión al contrato de fideicomiso para ser un aporte en terreno, luego no suscribió contrato alguno de encargo para su vinculación con la sociedad fiduciaria y en consecuencia esta no le presta ningún servicio financiero.

Lo primero a referir, es que este último argumento resulta novedoso y ambivalente para este litigio, lo primero, ya que nada se dijo con la contestación de la demanda, por ende, la parte actora no tuvo



oportunidad de contradicción, empero con todo, como se cuestiona en principio situaciones sustanciales que incluso el Juzgador debe verificar de oficio, entra esta sede a analizarlos bajo tal contexto, y lo segundo, porque la defensa de mérito planteada en el escrito de contestación radicó en lo contrario, es decir, no es parte del contrato de fideicomiso sino beneficiario, luego bajo el amparo de relatividad de los contratos no puede demandarlo.

Señalado lo anterior, ha de decirse de entrada que ninguno de estos aspectos tiene cabida en relaciones de consumo, como se pasa a explicar.

En lo que corresponde a la relatividad de los contratos, esto es, que solamente afectan a quienes hacen parte y por ende, solamente ellos tienen derecho a demandar lo convenido, ya ha hecho carrera el replanteamiento de esta tesis por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y en cuanto a este tipo de relación comercial, contratos de fiducia mercantil ha indicado en lo que corresponde no solamente a la calidad del beneficiario sino a su derecho a demandar en estos casos, visto que el demandante tendría la condición de beneficiario, tal calidad “...adquiere un derecho propio, personal, exigible por él y derivado directamente de la estipulación, en virtud y por efecto de ésta, susceptible de revocación o modificación hasta cuando se produzca su aceptación expresa o ‘tácita’, siendo revocable o modificable antes de ésta y en forma unilateral por el estipulante, pero aceptada se torna irrevocable e inmodificable, atribuyéndole la legitimación exclusiva para exigirla y ejercer las acciones correspondientes a su derecho.(...)”, (resaltados ajenos al texto).

Y así se está ante una “...hipótesis típica de ‘estipulación para otro’ o ‘estipulación en favor de otro’, regulada en el artículo 1506 del Código Civil, a cuyo tenor ‘cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él’”, (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 1° de julio de 2009, Magistrado Ponente William Namén Vargas, Ref. 11001-3103-039-2000-00310-01, resaltados ajenos).

Recuérdese que el artículo 1226 del C. de Co., señala las personas, sujetos y/o calidades de quienes hacer parte del negocio de cara a sus atributos, pues “...La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”, (resaltados ajenos).

Tercero, beneficiario, que “(...) adquiere un derecho propio, personal, exigible por él y derivado directamente de la estipulación, en virtud y por efecto de ésta, susceptible de revocación o modificación hasta cuando se produzca su aceptación expresa o ‘tácita’, siendo revocable o modificable antes de ésta y en forma unilateral por el estipulante, pero aceptada se torna irrevocable e inmodificable, atribuyéndole la legitimación exclusiva para exigirla y ejercer las acciones correspondientes a su derecho.”

Aspecto que no es para nada novedoso, y que ya fue dilucidado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia quien enseñó: “(...) actualmente en virtud de la diversificación de los negocios, muchos de ellos requieren para su materialización la celebración de dos o más contratos, en razón a que sólo con la realización de cada uno y de todos en conjunto se puede lograr el objetivo perseguido, de ahí que se haya dicho ya por la doctrina que «[e]l individualismo contractual viene dejando paso a la contratación grupal. Y ello no resulta caprichoso, puesto que lo perseguido es ahora un resultado comercial, una operación económica global, buscada a través de un ‘programa’ que una o varias empresas proponen.”



(...). Se trata ahora de contratos entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se ha dado en llamar una ‘misma prestación esencial’, un ‘todo’ contractual para un mismo y único negocio. (...)¹.


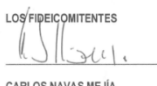

Y por ello frente a la fiducia decantó la existencia de coligación pues “(...) los efectos jurídicos que de dicho instituto se desprenden, especialmente, en lo que tiene que ver con la incidencia que uno o unos de los contratos celebrados ejerce o ejercen sobre el otro o los otros, fundamentalmente, respecto de su validez, de su cumplimiento o incumplimiento y de las acciones que pueden adelantarse. (STC18476-2017, 15 de Nov. 2017, Rad. 68001-31-03-001-1998-00181-02). (...) **pues en conjunto todos ellos hacían posible la construcción de la obra para la que se constituyó el Patrimonio Autónomo, y la validez, cumplimiento o incumplimiento de alguno de ellos afecta de manera directa a todos, tanto así que no sería posible su ejecución.** (...)”², (resaltados ajenos al texto, posición ya anunciada en Sentencia SC18476-2017 del 15 de noviembre de 2017 y reiterada Sentencia del 19 de diciembre de 2018, expediente SC5690-2018).

Es así como el artículo 1506 del Código Civil enseña que cuando se hace una estipulación para otro, le faculta a éste demandar lo estipulado, y por consecuencia, el beneficiario de un negocio jurídico como el aquí celebrado tiene un derecho contractual restringido a la prestación específica prometida, para exigir el cumplimiento de la finalidad fiduciaria determinada en su favor así como la responsabilidad ocurrida en caso de incumplimiento, esto además de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 1235 del Código de Comercio, según el cual “[e]l beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes: Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas”.

De verse desde la arista de ser fideicomitente, expone el artículo 1236 del C. de Co., que le asiste entre otros, los siguientes derechos, “...1) Los que se hubiere reservado para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitados; (...) 5) Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, y 6) En general, todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario o con la esencia de la institución.”.

Para el caso sería, dado su aporte de terreno con contraprestación en entrega futura de un beneficio de área instrumentado en unos bienes definidos (apartamentos y garajes), tal y como lo reza el contrato denominado de vinculación, fechado 14 de abril de 2014 y el cual contrario a lo manifestado por la parte demandada en sus alegatos, sí esta suscrito también por un representante legal de la sociedad fiduciaria como se expone, lo cual da cuenta que también contractual y legalmente tiene derecho a demandar la contraprestación prometida y por esta vía.

Para constancia de lo anterior se suscribe el presente documento en la ciudad de Bogotá, en TRES (3) originales del mismo tenor y va uno para EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA, uno para LOS FIDEICOMITENTES PROMOTOR y otro para ACCIÓN, en la fe sellada en la primera hoja de este documento.

<p>LA FIDUCIARIA.</p>  <p>OMAR EDUARDO SUÁREZ GÓMEZ Representante Legal ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.</p>	<p>LOS FIDEICOMITENTES</p>  <p>CARLOS NAVAS MEJÍA En representación de PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO SAS</p>
<p>CAMILO ENRIQUE ALVARADO BOSHELL Representante Legal KUBIK LAB S.A.S.</p>	
<p>EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA</p>  <p>RAFAEL OTÁLORA PINEDA C.C. 19.182.852</p>	

¹ Moseet Iturraspe, Jorge. “Contratos Conexos. Grupos y redes de contratos”. Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 9.

² Cfr. Sentencia del 18 de mayo de 2018, Ref. STC6539-2018, Radicación No. 05001-22-03-000-2018-00075-01.



Nótese que este documento y sus otros si, indican que el aquí demandante, señor Otolora Pineda, entrega su terreno para que este a su vez fuera parte del fideicomiso constituido para el desarrollo del proyecto constructivo, y como contraprestación, se le entrega un beneficio en área que correspondería un inmueble "...con las características y condiciones establecidas en el ANEXO UNO (1) ACUERDOS PRIVADOS.", documento que hacía parte del contrato de fiducia.

FIDUCIARIA	ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. sociedad constituida mediante escritura pública No. 1376 del 19 de febrero de 1.992, otorgada en la Notaría Décima (10a.) del Círculo de Cali.
PROYECTO	KUBIK VIRREY II
PATRIMONIO AUTÓNOMO	FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II
FIDEICOMITENTE PROMOTOR	PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO SAS
FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR	KUBIK LAB S.A.S.
INMUEBLE A APORTAR	Apartamento No.: <u>101</u> Folio de Matricula Inmobiliaria: <u>50C-335616</u> Área construida aproximada: <u>160.84 M2</u> Garaje (1) Zona común de uso exclusivo () o privado (X) () Folio de Matricula Inmobiliaria: <u>50C-335620</u> Patio () Zona común de uso exclusivo () o privado ()
Inmueble a recibir como Beneficio en Área	Con las características y condiciones establecidas en el ANEXO UNO (1) - ACUERDOS PRIVADOS.

Beneficio en área, que corresponde a la administración del patrimonio autónomo, e incluso como lo reza la cláusula novena de dicho contrato, entre otras, a la obligación de la sociedad fiduciaria como administradora y vocera, en convertirse en la obligada a escriturarlo, pues reza el documento "... Por lo tanto, lo que a EL(LOS) APORTANTES DE ÁREA le(s) ha de corresponder por todo concepto en razón de su vinculación, le(s) será cubierto exclusivamente mediante la transferencia de dominio y la posesión a título de restitución de área, que le hará en su oportunidad ACCIÓN como vocera del FIDEICOMISO KUBIT VIRREY II y el pago del monto acordado por parte de LOS FIDEICOMITENTES a (LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA...", (resaltado ajeno).

Lo cual sin más significa, que la Sociedad Fiduciaria se obligó a uno contraprestación por el aporte del terreno del aquí demandante en los términos ya señalados para con el aquí demandante, con independencia del título que le quieran dar de cara al negocio llevado a cabo, es decir, como fideicomitente aportante y posterior beneficiario en área, pues se itera, conforme está legalmente establecido en el contrato, el fideicomitente o el beneficiario tienen facultad de demandar el cumplimiento sea del contrato ora de la estipulación a su favor.

NOVENA: VINCULACIÓN: Una vez cumplidas las condiciones establecidas en la presente cláusula, dentro del plazo previsto, EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA se entenderá(n) para todos los efectos, como BENEFICIARIO(S) del FIDEICOMISO, con arreglo a los términos y condiciones del contrato de fiducia que al efecto se celebró para dar origen al FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II, lo cual le(s) confiere el derecho a recibir a la terminación del Proyecto por parte de LOS FIDEICOMITENTES, el bien inmueble y los garajes que se identifican en los planos que hacen parte del ANEXO UNO (1) y, adicionalmente, según los acuerdos privados, la suma de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DE PESOS (\$224'000.000.00), suma que será pagada por LOS FIDEICOMITENTES a EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la fecha de entrega del inmueble, el incumplimiento del pago por parte de LOS FIDEICOMITENTES dentro de los diez (10) días hábiles estipulados, ocasionará una sanción a cargo de LOS FIDEICOMITENTES y a favor de EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes pagaderos mes vencido por cada día de retardo. Por lo tanto, lo que a EL(LOS) APORTANTES DE ÁREA le(s) ha de corresponder por todo concepto en razón de su vinculación, le(s) será cubierto exclusivamente mediante la transferencia del dominio y la posesión a título de restitución de área, que le hará en su oportunidad ACCIÓN como vocera del FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II y el pago del monto acordado por parte de LOS FIDEICOMITENTES a (LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA. Se aclara expresamente que la nomenclatura asignada al mencionado inmueble y sus garajes es provisional pues la definitiva será la que quede consignada en el



Al pasar a la relación de consumo, ha de decirse que la discusión debe suscitarse en el contexto que legalmente corresponde, es decir, la condición de consumidor **financiero** que nos trae la Ley 1328 como norma especial, que no es la general de cualquier consumidor contenida en la Ley 1480, regulación que prevé incluso que no en todo consumidor cuenta con una relación contractual general, pues trae clasificaciones que dan paso a entender como consumidor dada su calidad de usuario en la prestación del servicio sin existir contrato, al punto y en lo que corresponde a este escenario financiero dice la norma, **“d) Consumidor financiero: Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.”**.

Posteriormente trae las siguientes definiciones: **“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.”**; **“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.”** y **“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.”**.

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).

Consecuencia de lo anterior, es evidente que el aquí demandante, cuenta con un interés directo, legítimo y actual en tanto luce afectado con el devenir del desarrollo y ejecución del Fideicomiso KubiK Virrey que es materia de estudio, y por ende, al suscribir este contrato de vinculación y sus otro sí con la sociedad fiduciaria aquí demandada, da paso a que tenga la condición de cliente, y para el caso, al tener capacidad de ser parte procesal (art. 53 del CGP.) en aras de defender su patrimonio como consumidor financiero pues este derecho le asiste por mandato de Ley, por ende, no puede tener cabida a discusión alguna esta competencia para que esta sede dirima el conflicto.

Igualmente, no está de más recordar que **“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).

Por ende, tendríamos que tienen prevalencia la Ley 1328 de 2009 **“...Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.”**, la cual en su artículo 1º de objeto y ámbito de aplicación, señala **“El presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección.”**, (resaltados ajenos), de ser confrontada con la Ley 1480 de 2011 **“Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.”**, ya la primera habla de regulación financiera así como de los principios y derechos del consumidor financiero, y la segunda, sobre las reglas de consumo de un consumidor en general y sobre otras materias y productos, y por ende, al ser este el escenario específico en materia financiera es deber aplicar conforme lo dice la normativa la regla especialísima en este caso, la cual en su definición es más amplia de cara a la definición de consumidor.



La anterior distinción tiene su razón de ser si en cuenta se tiene que aquí no hablamos de productos, servicios y/o bienes no perecederos o perecederos con o sin garantías, que es de lo que trata la Ley 1480 en términos generales, sino de aquéllos intangibles como lo son los contratos en materia financiera respecto de los cuales por su propia esencia buscan un beneficio patrimonial en no muchos de los casos a favor del cliente, tal y como sería a modo de ejemplo los mercados de valores, de inversión como es este caso, de obtener réditos como sucede con los productos de depósito, entre muchos más, y tratan de un mercado de naturaleza especial por ser considerado de intereses público (arts. 78 y 335 del C. Pol.), dada la captación masiva de recursos del público, lo que supone una regulación especial como en efecto se tiene, (Ley 45 de 1990 y DECRETO LEY 663 de 1993 Estatuto del Consumidor Financiero, Decreto 2555 de 2010, Ley 1328, entre otras disposiciones).

Igualmente, no es posible pasa por alto el efecto que tendría la tesis sostenida de no relación de consumo con fundamento en la Ley 1480 que nos trae la connotación de consumidor final, ya que de acogerse no permitiría ninguna utilización del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 frente a productos financieros, pues se perdería el efecto útil de la aplicación normativa, en la medida que no podría existir por la misma esencia del mercado financiero un acople con la definición de consumidor final de que trata la Ley 1480 de 2011.

Ahora de dar gracia a cualquier discusión, habría de aplicarse la interpretación más favorable al consumidor, principio *pro consumitore*, luego al tener dos disposiciones con definición de consumidor y resultar una restrictiva y la otra más benéfica, la segunda debe prevalecer, y en todo caso, no sobra recordar que “...*si una norma admite diversas interpretaciones, es deber del intérprete preferir aquella que más garantice el ejercicio efectivo de los derechos; en aras de preservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador. (...) Pero, en caso contrario, es decir, cuando la interpretación dada por el juez ordinario se aparta de los citados principios y derechos constitucionales, tal decisión se introduce en el terreno de la irrazonabilidad tornando procedente el amparo tutelar...*”, (Cfr. Trib. Sup. de Bogotá, Sala Civil, proveído del 20 de agosto de 2015, Exp. No. 11001 31 03-013-2012-00466-01, MP. Julia María Botero Larrarte, que a su vez cita a la Corte Constitucional, Sentencia SU-1185 de 2001, referida en la Sent. T449 de 2004. MP. Rodrigo Escobar.), máxime si hablamos de un derecho de rango constitucional e incluso fundamental que no es de poca monta, como resulta de acceder a la administración de justicia, (art. 229 C. Pol.) y obtener por medio de aquél el derecho a la tutela jurídica efectiva, (art. 2 del CGP.).

Y valga aclarar que por hacer uso de las normas de la Ley 1480 se esté diciendo o si quiera insinuando que esta norma tienen un efecto respecto de las disposiciones contenidas en la Ley 1328, nada más alejado de la realidad que este supuesto, cuestión diferente resulta que en aplicación de las reglas especiales del contrato y normas del consumidor en materia financiera como se viera en el capítulo anterior, y de cara a su especialidad y jerarquía dado que son normativas transversales, en lo no previsto en la Ley 1328 o para mejor proveer, se acuda a la reglas del consumidor generales, Ley 1480 entre otras disposiciones, lo cual no es nada novedoso, pues mismo escenario ocurre cuando se acude en los contratos a las Leyes especiales, si son mercantiles al Código de Comercio sea en su parte especial ora en su parte general, y si allí no se advierte la regulación aplicable se mira la norma civil, (art. 822 del C. de Co.).

En otras palabras, verificada la Ley 1328 de 2009 por vía de regulación del consumidor financiero es posible acudir sea por vacíos ora para mejor proveer a la Ley 1480 de 2011, aspecto que para nada resulta contrario a derecho, pero ello en modo alguno implicaacomparar ambas normas como si fueran una sola o como si una hubiese derogado sea expresa ora tácitamente el contenido de la otra, menos cuando se *itera*, tratan de temas de consumidor en ámbitos completamente disímiles tal y como quedara expuesto, para entrar a interpretaciones por demás restrictivas a propósito de las cuales debe prevalecer la norma



especial, en su defecto la más razonable y benéfica al **consumidor financiero** y al final de cuentas aquella que le permita el acceso al derecho fundamental de la administración de justicia y no la que le restrinja.

Incluso sobre el punto, para mejor proveer, las Cortes Constitucional como Suprema de Justicia en materia Civil, órganos que sientan jurisprudencia y precedente según lo refiere la Constitución y la Ley Estatutaria de Justicia, e incluso el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil como superior jerárquico, ilustraron:

*“..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 acápite 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».”, (resaltado ajeno al texto).

Además, y no menos importante, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial expuso:

Entre las varias reglas del contrato de fiducia mercantil (arts. 1227 y 1238 C.Co), cumple subrayar ahora que el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, pero sí tiene una especie de “capacidad” para que en su representación se puedan adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, para realizar actos o negocios de manera similar a los sujetos de derecho, para ser demandante o demandado, con la representación del fiduciario, quien debe llevar su vocería judicial y extrajudicial (arts. 1234-4 del C.Co., 53-2 y 54 del CGP).

Y añadió:

El estatuto mercantil previó que solamente “*los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios*” (art. 1226, inciso final), origen legal de una especial clase de entidad financiera, en su modalidad de servicios financieros y distinta de la banca tradicional: la sociedad fiduciaria, que puede ubicarse en el sistema de banca especializada, donde las instituciones de ese linaje tienen actividades distintas y especializadas, al contrario del sistema de multibanca, en que una sola entidad ejecuta diversas actividades.

En ese contexto, los contratos de encargo fiduciario y de fiducia mercantil, como variantes de los negocios fiduciarios, son mercantiles, pero también de linaje financiero, pues explica el profesor Rodríguez Azuero, si bien no pareciera llenar los requisitos de una operación pasiva bancaria típica, ni de una labor de intermediación crediticia, porque hay ciertas limitaciones en cuanto al manejo o administración de los bienes, de acuerdo con el contrato y la ley, como la actividad del fiduciario “*se circunscribe al cumplimiento de ciertas instrucciones de su cliente, es que resulta necesario estudiar este contrato como uno de los que anteceden la realización de operaciones neutras o complementarias, típicos servicios financieros de gestión*”⁸.

Para determinar que “*...ninguna duda hay en cuanto a que la demandada es vigilada por la Superfinanciera, precisamente porque realiza actividades financieras o presta servicios financieros, tópico este que no tiene discusión alguna.*”

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).

Entonces, se reitera, no hay y puede existir algún manto de duda respecto de la competencia de esta Autoridad para dirimir el litigio, ya sea en atención a la calidad de las partes, de cara al producto y/o servicio ofrecido por la entidad vigilada, por la actividad que es considerada financiera, ora por la calidad



de la sociedad fiduciaria de vigilada y la cual no puede ser desligada del Fideicomiso, menos porque el aquí demandante tenga la condición de fideicomitente aportante, pues todos son personas con capacidad legal distinguida, sin que ello deslegitime sus condiciones de estar inmersos en un contrato financiero por ser partes o tener derechos dada la estipulación a su favor, aspecto que permea este ejercicio especial de protección al consumidor financiero con definición también especial dada la materia que prima sobre la regla general, y la cual como quedara señalado, va de la mano con la esencia misma del negocio.

Es que imaginemos que acoger esta tesis de consumidor final en estas controversias conllevaría a que las sociedades de cualquier tipo, S.A.S., unipersonales, limitadas, anónimas, las empresas medianas y pequeñas, las unipersonales e incluso los emprendedores o establecimientos de comercios que son de propiedad y por lo mismo representados por el sujeto natural o los mismos sujetos naturales cuando adquieren, productos, bienes y servicios financieros, con búsqueda de obtener con aquéllos ciertos rendimientos, que es lo natural conforme la lógica material de este tipo de negocios, tendrían impedimento de acudir a esta vía de acción de protección al consumidor financiero por esta finalidad, esto frente a discusiones sobre solicitudes de créditos, pólizas de seguro, contratos de inversión en derivados de bolsa de valores o fondos de inversión colectiva, en fondos voluntarios, de fiducia en cualquiera de sus características entre otros contratos financieros si son usados estos rubros para el desarrollo de su objeto social o para un fin diferente al consignado como consumidor final, lo cual demuestra lo descabellado de la tesis.

Ahora, también que por vía de interpretación legal y contractual, conforme incluso su estudió ya se dio por los órganos de cierre en materia Constitucional y Civil, cuya tesis en casos análogos como a modo de ejemplo las sentencias que sobre contratos de fiducia inmobiliaria que conoció en sede de casación, donde los demandantes acudieron por locales comerciales para el desarrollo de su objeto social pues eran sociedades, y en estas decisiones, no solamente el Tribunal Superior de Bogotá en todas sus Salas Civiles, las reconoció y atendió el asunto dando por superado el evento de consumidor financiero sino la misma Corte Suprema en sede de Casación Civil, pues no de otra forma se entiende que se resolvieran de fondo, ya que si eso fue así, es porque entendieron y dieron por superado el aspecto de la legitimación en la causa, para el tema la condición de consumidor financiero que les permitía a esas sociedades reclamar sus derechos en el contrato de encargo y fideicomiso como coligados, situaciones análogas que ayudan a derribar y analizar este entroncamiento que se pretende replantear con dicha tesis.

Para ello es posible acudir para el Tribunal a los radicados 11001-31-99-003-2018-01216-01 demandada de Promotora Giraldo González & CIA S.A., Rad. 11001 31 99 003 2018 01254 01 demandante MEJÍA ÁLVAREZ SABOGAL S.A.S., Rad. 11001 31 99 003 2022 01240 02 Constructora Las Galias S.A., Rad. 11001-31-99-003-2018-01179-01 Invgroup 18 S.A., Rad. 110013199003201801590 01 Femme Internacional S.A.S., Rad. 11001 31 99 003 2018 01213 02 Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S., Rad. 003 2018 01181 01 La Receta y CIA S.A.S., Rad. 1001 31 99 003 2018 01694 KBJ S.A.S., entre muchas otras más decisiones, en los cuales se cuestionaba contratos de fiducia de carácter inmobiliario sobre locales comerciales como beneficio de área sobre estas sociedades requeridos para el desarrollo de su objeto social, y como quedara expresado, se dio por superado el aspecto de legitimación de consumidor financiero, pues se resolvió de fondo.

Y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en casos análogos se pueden ver las sentencias SC5175 de 2020, SC5430 de 2021, SC3971 -2022, SC2879 de 2022, SC3772 de 2022, SC3978 de 2022, SC 098 de 2023, SC 107 de 2023, SC276 de 2023, SC328 de 2023 y SC433 de 2023, entre otras, en donde incluso se dijo por dicho órgano, en todos estos casos, que: “...en la estructuración del proyecto inmobiliario *Marcas Mall*, no demandó el cumplimiento de obligación alguna en cabeza de la promotora ni exigió responsabilidades por la ejecución del proyecto, **de modo que la controversia estuvo limitada a la relación entre el consumidor financiero y la fiduciaria en lo que concierne con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los encargos fiduciarios individuales, motivo por el cual**



la comparecencia de la promotora no era necesaria para la definición del asunto, como acertadamente lo advirtieron los juzgadores de instancia.”, Sent. SC2879 de 2022 demandante Inversiones Uropán y Cía. S. en C.

Es así como queda en evidencia que (i) es posible acudir por esta vía a personas jurídicas y naturales partícipes sobre este tipo de negocios financieros incluso si buscan un beneficio residualmente; (ii) la Ley 1328 a diferencia de la Ley 1480, dada su especialidad en la materia y esencia de negocios que son financieros, trae una condición y definición especial y más amplia de protección al consumidor financiero; (iii) no es posible acompañar la definición de consumidor final con este tipo de acción de protección al consumidor, porque hay regla especial, Ley 1328, amén que la Ley 1480 regula controversias diferentes de garantías, entrega de productos, daños derivados de estos productos pero nada toca de negocios financieros; (iv) de interpretar las normas debe prevalecer la regla especial sobre la general, y en materia de interpretación la que favorezca al consumidor financiero, arts. 4 y 34 de la misma Ley 1480; (v) en interpretaciones procesales de forma restrictiva debe prevalecer aquella que permita el acceso al derecho fundamental de la administración de justicia y no la que lo restrinja; (vi) la tesis planteada no luce razonable y con efecto útil para la utilización de la normativa, específicamente el poder acudir a la acción de protección al consumidor, y por ende, debe prevalecer la interpretación constitucional; y (vii) esa tesis planteada, no es pacífica, y por demás, contradice los precedentes verticales de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, e incluso de acogerse, contradice el precedente horizontal del Tribunal Superior Sala Civil.

Al pasar a examinar la presunta falta de legitimación por pasiva, bajo la arista que no existe ninguna fuente de obligaciones de la cual se desprenda que la sociedad fiduciaria en nombre propio este llamada a resistir las pretensiones de la demanda o como vocera del patrimonio autónomo ya que se cuestionan situaciones propias de acuerdos privados con el fideicomitente, y por lo mismo, no existe la relación contractual con el demandante, basta para desecharla el recordar 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 administradora y vocera del fideicomiso Kubik Virrey la que aquí ha de verificarse.

Esto es, las conductas 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. 78 y 335 C. Política y artículos 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.

Y es que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil lo ha decantado de antaño y recientemente es criterio pacífico, pues indicó que dada la naturaleza del contrato “...*El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también es quien se beneficia de sus utilidades. Sin embargo, aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación*



de sus funciones o una omisión de sus deberes³, 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 SC5430-2021⁴” (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).

Para concluir ha de decirse 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 de la parte actora de cara al contrato de fiducia inmobiliaria al cual se vinculó o coligó en sus etapa de constitución, desarrollo o ejecución y liquidación, sin que pueda aludirse estaríamos en el interregno de una responsabilidad extracontractual en tanto la jurisprudencia atrás citada entre otra ha señalado que esta responsabilidad del fiduciario emana de la misma Ley, art. 1243 C. de Co., y por lo mismo proviene del mismo actuar contractual pues su función incluso la legal rige las riendas del mismo contrato, (Sent. SC780-2020).

Prescripción de la acción

Señaló el abogado de la demandada, que su contraparte “...en el numeral 9 de los incumplimientos alegados (Pág. 113 del escrito de demanda), indica expresamente que: «ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A DEBIO DAR POR TERMINADO EL DÍA 20 DE ENERO DE 2015 EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II.», por lo que, bajo este entendido se tenía máximo hasta el 20 de enero de 2016 para interponer la presente acción pues, esta debía realizarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato o dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación...” y como fue presentada en data posterior acontece la prescripción.

A su turno, expone que “...a duración del contrato de vinculación fue establecida en la cláusula décima séptima de dicho contrato de la siguiente forma: «DECIMA SÉPTIMA: VIGENCIA: El término de duración del presente contrato de vinculación será equivalente al término de duración de EL PROYECTO.» (Énfasis añadido)”, luego dada la “...definición del «Proyecto» dada en el numeral 1.7. del contrato de fiducia, este contrato de vinculación se terminó en julio de 2017 cuando se construyó el edificio objeto de este y se hizo la entrega del apartamento a la contraparte...”.

³ CSJ SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.

⁴«...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».”.



“...Por todo lo anteriormente explicado, sea por la fecha en la que la contraparte considera que se terminó el contrato, sea por la fecha en la que realmente este se terminó por la finalización del proyecto o por la fecha en la que ocurrieron los supuestos incumplimientos alegados, la presente acción que fue interpuesta con sustento en el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 **se encuentra prescrita.**”.

Tampoco encuentra asidero esta defensa, como quiera que una cuestión es cuando debió terminarse el contrato (el deber ser contractual) y otra su realidad en su ejecución, para el caso cuando se liquidó el fideicomiso (patrimonio autónomo) último aspecto no probado en el plenario.

Recuérdese que la intención de los contratantes vale o tiene más trascendencia en lo jurídico, que, a lo literal de las palabras del documento, (art. 1618 CC), y en efecto nótese que como dicho acápite lo expone, se presentaron prórrogas del convenio para continuar con su actuar, sin que sea dable entrara a analizar si esa cláusula es abusiva o no, pues como se verá más adelante esto trata de la etapa pre operativa sobre la cual ya hubo análisis y definición en un juicio anterior, frente al cual el Tribunal Resolvió en segunda instancia, por ende tiene efectos de cosa juzgada, máxime si así lo decantó en este proceso el mismo Tribunal en dos (2) decisiones que fueron objeto del recurso de alzada.

Igualmente, llama la atención se cite de forma aislada y por demás conveniente, el clausulado 17 del contrato de vinculación, y no se detenga a examinar el clausulado siguiente, 18, que prevé las hipótesis de terminación de dicho convenio, entre ellas, por la terminación del contrato que dio origen al fideicomiso y en todo caso, “...por haberse cumplido **plenamente su objeto...**”, (negrilla ajena), lo cual sin dubitación alguna da cuenta que no es la simple construcción la que confluye a dar por terminado el contrato sino su pleno cumplimiento del objeto, esto es, nada menos que la finalidad del contrato que trata de su construcción y posterior enajenación a los vinculados por beneficio de área como atrás quedara expuesto, que para el caso no se ha concretado, pues no se adosó prueba que señale al aquí demandante se le escrituró y entregó el inmueble, menos que el fideicomiso haya sido liquidado, contrario a ello, en interrogatorio quedó establecido no solamente la existencia del contrato sino que a la fecha quedaba vigente, pues la indagar en las condiciones actuales de este negocio se señaló que lo único **pendiente** por realizar es la entrega de este inmueble, así como que no se ha procedido a la liquidación dada esta circunstancia.

DECIMA SÉPTIMA: VIGENCIA: El término de duración del presente contrato de vinculación será equivalente al término de duración de EL PROYECTO.

DÉCIMA OCTAVA: TERMINACIÓN: Este contrato terminará al cumplimiento del término pactado para su expiración o anticipadamente por las siguientes causas:

- 18.1 Por terminación del contrato que dio origen al FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II en los términos y condiciones señalados en el respectivo CONTRATO DE FIDUCIA.
- 18.2 Por haberse cumplido plenamente su objeto
- 18.3 Por la disolución de la Entidad Fiduciaria
- 18.4 Por las causales previstas en la ley.
- 18.5 Por común acuerdo entre las partes, previa aceptación de EL(LOS) APORTANTES(S) DE ÁREA

Ahora, podría decirse que la entrega formal como material no se ha podido consolidar por el mismo actuar del demandante, lo que en efecto así está probado, empero ello no impedía proceder con estas conductas y proceder a liquidar el negocio, en tanto se autorizó al fideicomitente ante esta conducta a actuar en apoderamiento y nombre del vinculado a beneficio de área.

En efecto, de cara a la entrega material se indicó en la cláusula 13 la hipótesis de renuencia a recibir de forma injustificada, y el procedimiento a seguir, del cual no se allegó prueba que diera cuenta que así se efectuó e informó al demandante, de cara al deber legal de información, para en consecuencia tenerse por cumplida o acatada esta carga.



PARÁGRAFO PRIMERO: Si EL(LOS) APORTANTES(S) DE ÁREA no comparece(n) a recibir el inmueble en la fecha establecida, o presentándose, se abstiene (n) de recibirlo sin causa justificada el inmueble se tendrá por entregado para todos los efectos a satisfacción. En este evento, la llave del apartamento quedará a disposición de EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA en las oficinas de EL FIDEICOMITENTE PROMOTOR. EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA serán responsables del pago de cuotas de administración y servicios desde la fecha establecida para entrega.

Igual forma sucedió con la escrituración, pues tampoco se dio curso a lo señalado en el clausulado 12 del contrato suscrito por el actor, o por lo menos, ello no se probó.

PARÁGRAFO SEXTO: Si cumplidas las condiciones mencionadas en el presente contrato EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA se negare(n) a firmar la escritura de transferencia de dominio a título de beneficio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se le(s) requiera para tal fin, es decir, comparecer a la firma de la citada escritura, EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA se obliga(n) a cancelar a favor del FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II como sanción, una suma equivalente a tres (3) salarios mínimos diarios legales vigentes (3 SMLDV) pagaderos mes vencido por cada mes de retardo, EL(LOS) APORTANTES(S) DE ÁREA autoriza(n) a EL FIDEICOMITENTE PROMOTOR a realizar los trámites ante la Notaría, y Oficina de Registro de instrumentos públicos correspondiente a la escritura de restitución

Es así como se tiene, que pese a que la Sociedad Fiduciaria, no solamente por reglas contractuales que generan derecho, (art. 1602 del CC), sino además de cara a su deber como fiduciaria de, -Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia-, -llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente y Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario-, (Art. 1234 del C. de Co.), pudo llevar a cabo el cumplimiento final del contrato, entrega y escrituración, no lo hizo, por lo menos no se evidencia lo contrario pese a contar con las herramientas jurídicas para que tal carga se efectuara, algunas con incidencia en lo contractual de común acuerdo o de forma coercitiva, y otras incluso más extremas como la legales, a modo de ejemplo, la ejecución por obligación de hacer.

Y efectuado esto, que conducía a no poder liquidar el fideicomiso constituido del patrimonio autónomo como en efecto lo adujo su representante legal en interrogatorio, pudo perfectamente superarse esta circunstancia y a partir de ese momento, dar por extinguido el contrato, con hechos y conductas reales, y no con hipótesis de lo que debió ser pero que, en últimas en el ámbito material, no fue.

Es así como se tiene que al no estar demostrada la extinción del contrato (terminación) conforme las reglas establecidas en el contrato o incluso las legales, pues solamente las partes y los jueces pueden dar paso a estas declarativas, es que imposible resulta entender por extinguido el negocio, más aún si sigue produciendo efectos entre las partes, y por consecuencia, poder contar la prescripción conforme el evento aplicase a este tipo de negocios, esto es, -el deber de presentar la demanda para las controversias netamente contractuales a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato-, (num. 3º del art. 58 de la Ley 1480).

No es posible en estos contextos el acudir a analogías, pues los supuestos de aplicación negativa de las normas, es decir, aquellas consideradas como odiosas por limitar derechos, deben estar en consonancia con el principio de legalidad, luego nada puede acudir a la hipótesis residual, cuando las otras dos causas taxativas de la norma existen en el caso concreto.

Nótese que el canon no enseña que debe presentarse la demanda antes que curse el año **a)** a la expiración de la garantía, **en asuntos de garantías; b) para las controversias netamente contractuales**, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato y **c) en los demás casos**, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.



Y dada 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.), no podría tener cabida otro supuesto de contabilizar el lapso desde la ocurrencia de la situación lesiva o de su conocimiento en tanto la hipótesis a analizar es la terminación de la relación contractual, como se dijera, trae el numeral 3º del art. 58 de la Ley 1480 tres (3) hipótesis para incoar el presente proceso en el año siguiente de cara al tema cuestionado, i) la expiración de la garantía para demandar su efectividad, ii) a la terminación del contrato en controversias netamente contractuales y iii) en los demás casos, cuando el consumidor tenga conocimiento.

Pues este litigio, no trata de una garantía, entiéndase que esta supone cumplir las hipótesis de los artículos 7 y 17 de la Ley 1480 que ni por asomo se acompañan con este tipo de producto o servicio de naturaleza financiera con normatividad especial y específica; menos hablamos de los demás casos, pues este aplica precisamente para lo que no quedó regulado en la norma quien en dicho artículo tiene prevista dos (2) hipótesis, garantías y relaciones contractuales, y es que los demás casos supone del mismo significado de la palabra, que sea de aquéllos que no se encasillen en estas situaciones descritas, es así como nos enseña la regla que aplica al objeto en cuestión, que **las controversias netamente contractuales** cuentan con un (1) año contado desde la terminación, artículo 58 numeral 3º y lo cual nuevamente lo señala el mismo artículo 57 ambos de la Ley 1480, el segundo que otorga esta competencia limitada a la Superintendencia por vía de la presente delegatura y que por demás se señala en el artículo 56 ib., pues “...Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son: (...) 3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, **los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.**”, (resaltados ajenos).

Para finalizar, no es posible hablar de caducidad, ya que el tema ha sido abordado por la Sala de Cas. Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien en posición mayoritaria y por vía de la Sentencia SC2850-2022 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).

De la fiducia inmobiliaria

La controversia tiene por fuente la vinculación de la parte demandante como partícipe a un **contrato de fiducia**, esto es, de un “acto de confianza” en virtud del cual “...una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero”. (Artículo 1226 del Código de Comercio y Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, compendiada en la Circular Externa 029 de 2014 – Parte II, Título II, Capítulo Primero).

A su turno, el literal b) numeral 1º del artículo 29 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero reconoce como una de las actividades autorizadas a las sociedades fiduciarias, el “*Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece*”.



Así mismo, la Superintendencia Financiera en la Circular Básica Jurídica, específicamente en la Parte II Título II Capítulo I Numeral 1.1., ha adoptado un concepto de negocio fiduciario que involucra la integralidad de una serie de actos que desarrolla la sociedad fiduciaria como profesional que presta servicios financieros.

Dicho concepto que involucra tanto la fiducia mercantil como el encargo fiduciario tiene unos elementos que por pertinentes vale la pena resaltar, siendo estos: (i) la existencia de uno o varios actos de confianza, (ii) la entrega de uno o más bienes determinados, con la transferencia o no de la propiedad y, (iii) la realización de una finalidad específica, en beneficio del fideicomitente o de un tercero.

Tanto la doctrina, como la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia (Circular Externa 007 de 1996), aplicable para la fecha de inicio del negocio fiduciario aquí analizado, han establecido distintas etapas dentro del esquema descrito, dentro del cual han de distinguirse (i) la etapa preliminar o de “preventas”, (ii) la etapa de desarrollo que da su curso por lo general cumplidas las condiciones de giro de recursos y (iii) la etapa de liquidación.

Del caso en concreto.

Lo primero a desarrollar, es el argumento de la pasiva, en cuanto el demandante no podría acudir a este ejercicio jurisdiccional pues es contratante incumplido ya que no ha se presentado a recibir el inmueble y suscribir la escritura, “...aduciendo ya, en varias ocasiones hechos alejados de la realidad como ha sido establecido por el Juez y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C. en el proceso con radicado 2017-71.”.

Recuérdese que “...no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y simultáneo, **porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir**, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.”, (Cfr. Set. SC-3666 de 2021 que a su vez cita las Sents. SC4801 de 2020 y SC1662 de 2019).

Además, que “**En punto al débito indemnizatorio, se ha considerado que la víctima actúa acorde con la buena fe cuando evita una posición pasiva de cara al daño sufrido y, en su lugar, adopta todas las medidas tendientes a evitar su consumación o agravación (...)** En el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca **la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo.**

El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan - sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia.

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso,



a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.”, (Sentencia SC282 de 2021 que a su vez reitera las sentencias SC, 16 dic. 2010, rad. n.º 1989-00042-01 y SC512, 5 mar. 2018, rad. n.º 2005- 00156-01, resaltados ajenos al texto).

Bajo estos derroteros no es posible ni palmar enrostrar que la conducta del demandante contraria el efecto del contrato, pues como lo señaló el Tribunal al revocar la sentencia anticipada proferida por esta sede, no ha sido analizado el escenario contractual que brota de la escrituración y entrega del inmueble prometido como beneficio en área, y por lo mismo, tal abstención a la suscripción de la escritura y entrega estaría sustentada precisamente en los pormenores de los que se duele y hasta entrarían a ser dirimidos de cara al contrato fiduciario, pues otra situación trata de los acuerdos privados llevados a cabo entre el fideicomitente y el consumidor financiero aspectos que no atañen a este proceso.

Bajo tal cariz, no es posible ni luce irrazonable que el señor Rafael Humberto se negara a esta suscripción, por entender, no es lo que le fue ofrecido por su aporte, máxime que sobre el tema no se ha dilucidado en concreto si el inmueble, apartamento 504, debe ser recibido por el actor, pues como se expresara no hay prueba que de cuenta se ha ejercido alguna acción que así lo declare, por ende, no es posible señalar que está obligación esta en mora, menos se trajo elementos que den cuenta se acudieron a las acciones previstas contractual o legalmente para que se proceda a la entrega por vía coaccionaría dada esta negativa, razones que se fundan en que tal conducta no puede considerarse ajena a su derecho y menos que le impidiera acudir a este litigio, otra cuestión es que con las pruebas del asunto se evidencia si asiste o no la razón a las pretensiones del demandante.

Del caso en concreto.

Como se dijera en audiencia al momento de indicar el sentido del fallo e incluso renglones antes en esta decisión, nada ha de analizarse frente a la etapa primera, pre-operativa, dada la cosa juzgada que pesa sobre aquella.

Al respecto, no solamente esta sede así lo encontró desde los orígenes de este litigio, e incluso así lo declaró, sino que el superior funcional, pese a revocar esa sentencia anticipada, también así lo expuso en la decisión de 31 de julio de 2023, lo cual de forma más diamantina reiteró en auto del 26 de abril de 2024, en tanto señaló:

Al respecto, se observa que la pretensión se deriva de que, a consideración de la parte actora, no se le ha entregado el apartamento 504(nomenclatura inicial en el contrato de vinculación: 503) conforme las especificaciones establecidas en la vinculación al fideicomiso, y por ello busca que le sea restituido el valor del inmueble en dinero.

Es importante señalar que esta corporación se pronunció en fallo del 31 de julio de 2023¹⁰, dentro del proceso de referencia, mediante el cual decidió revocar la sentencia anticipada expedida por la Superintendencia Financiera el 12 de enero de 2023:

“iii) Bajo tal cuidado, es que se revocará la sentencia anticipada, para habilitar el estudio de los temas no discutidos; puesto que, concretamente los temas de escrituración son los que no se tienen como dirimidos; sin ir en contra de las normas de orden público y de la fuerza ejecutoria que debe tomarse como punto de partida para aquello que se tuvo como soporte para no tener en incumplimiento a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en la fase pre-operativa.”



Y concluyó:

Como se puede observar, en el presente asunto, no es objeto de discusión la fase pre operativa del proyecto, ya que lo fue dentro de proceso con radicado 05001-22-03-000-2017-00726-01, y, en consecuencia, únicamente están en discusión los aspectos novedosos de la fase operativa del proyecto, la cual consiste específicamente en la escrituración y entrega de los inmuebles acordados.

Superado el tema, entra esta sede a dirimir lo que corresponda a estos aspectos, pues ciertamente, se tiene como prueba suficiente y no contrariada, que el proyecto se llevó a cabo constructivamente y la cuestión radica en la no aceptación para la entrega de los inmuebles que como beneficio de área se pactaron a favor del aquí demandante, específicamente el apartamento 504.

Sustentó la parte demandante, que se opuso a la entrega del apartamento, único bien cuestionado por esta vía, dado que no cumple con las condiciones ofrecidas en el contrato de vinculación, específicamente porque el bien no cuenta con tres (3) alcobas como consta en los planos del anexo 1 de que trata el contrato de vinculación.

A dicho propósito, ha de señalarse que su dicho no tiene eco y suficiencia de prueba conforme los elementos allegados al plenario, en específico, se tienen:

La transacción que llevó a cabo con el fideicomitente por medio de la cual autorizó se expidiera una nueva licencia de construcción, conferida en el año 2015 por la Curaduría Urbana 3 e identificada con número LC-15-3-0004 pues este instrumental, la transacción señala que:

II. TRANSACCION

Las partes (**CONSTRUCTORA** y **APORTANTE**) teniendo plena capacidad dispositiva, de manera voluntaria y consciente y a fin de dirimir de manera total el conflicto o conflictos jurídicos patrimoniales que pudieren tener como origen los antecedentes expresados en el capítulo antecedente y luego de hacer concesiones mutuas, han llegado al acuerdo contenido en las siguientes cláusulas:

Entre ellas, las situaciones nacidas con el licenciamiento, y que por consecuencia se pactó:

PRIMERA.- LA CONSTRUCTORA desistirá de la Licencia de Construcción No 14-3-0262 de fecha 21 de Marzo de 2014 mediante petición que elevará a la Curaduría Urbana No 3 de la ciudad de Bogotá. Este desistimiento deberá ser presentado a más tardar el día veintiocho (28) de Noviembre de dos mil catorce (2014), se podrá prorrogar por una sola vez por el termino de treinta (30) días más. Consecuentemente, **LA CONSTRUCTORA** queda obligada a realizar una nueva radicación de documentos para la nueva Licencia de Construcción a más tardar el día quince (15) de Octubre de dos mil catorce (2014).

En atención a ello, como los memorandos de entendimiento suscritos entre fideicomitente desarrollador y el aquí demandante aportante de terreno, se confluó la firma del otro sí número 1 y 2 de este contrato, el



segundo donde se señaló lo expuesto en imagen y dejando a salvo las demás cláusulas allí no modificadas.

SEGUNDA: Las Partes de común acuerdo deciden modificar el Inciso Primero de la Cláusula Novena de la Segunda Parte del Contrato de Vinculación, el que en adelante tendrá la siguiente redacción:

“Una vez cumplidas las condiciones establecidas en la presente cláusula, dentro del plazo previsto, EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA se entenderá(n) para todos los efectos, como BENEFICIARIO(S) del FIDEICOMISO, con arreglo a los términos y condiciones del contrato de fiducia que al efecto se celebró para dar origen al FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II, lo cual le(s) confiere el derecho a recibir a la terminación del Proyecto por parte de LOS FIDEICOMITENTES, el bien inmueble y los garajes que se identifican en los planos que hacen parte del ANEXO UNO (1) y Otrosí No. 1 y, adicionalmente, según los acuerdos privados,

Es así como en la cláusula novena del contrato de vinculación y de cara a las condiciones de los bienes construidos, se indica:

PARÁGRAFO PRIMERO: Tal como se acaba de indicar, EL(LOS) APORTANTE(S) DE ÁREA sólo tendrá(n) derecho a que se le(s) transfiera(n) a título de beneficio fiduciario el derecho de dominio y la posesión de la(s) unidad(es) inmobiliaria(s) señalada(s), cuya descripción general y las especificaciones de construcción de EL PROYECTO, con sus zonas comunes, se harán constar en el Reglamento de Propiedad Horizontal. Las características generales de la mencionada unidad aparecen en el ANEXO UNO (1), que se entiende parte integrante de este contrato. Es entendido por las partes que las funciones de ACCIÓN son totalmente independientes al desarrollo del proyecto y sus especificaciones, el cual es responsabilidad única y exclusiva de LOS FIDEICOMITENTES.

Es decir, las condiciones específicas del beneficio de área no serían responsabilidad de la sociedad fiduciaria sino del desarrollador del proyecto, lo cual no contradice la normatividad, por el contrario, va de la mano con la propia naturaleza del contrato financiero, dado que la actividad solamente está permitida ejercerla por las fiduciarias para las materias que la Ley le faculta ejercitar en relación con su objeto social.

Nótese que como se dijera en un caso de analogía, *“...la entrega de zonas comunes no le competía a la sociedad fiduciaria y **menos salir a su saneamiento** pues son situaciones que por garantía se pueden o pudieron pedir, conforme lo señala el artículo 8° de la Ley 1480 de 2011, el artículo 8° de la Ley 1796 de 2016 y/o el artículo 2060 del CC., vicios ocultos que conducen a declarar responsabilidades patrimoniales al constructor o enajenador **empero que escapan de este escenario jurisdiccional, pues no estamos de cara a un proceso de garantías sino de responsabilidad contractual** relacionado *“...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.”, (art. 57 de la Ley 1480 de 2011)”*, (Cfr. Sentencia 13 de diciembre de 2021, Exp. 2020 – 04342 Rad. 2020305160, Acción de Protección al Consumidor, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales).*

Decisión, por demás confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil, y en donde se dijo de cara al contexto, que *“...las obligaciones que asumió la parte demandada de cara al cumplimiento del objeto de la fiducia mercantil se circunscribieron, en esencia, a la administración eficiente de los recursos del fideicomiso para ser transferidos al fideicomitente-gerente, con miras a asegurar el desenlace exitoso del proyecto inmobiliario (...), en los términos y condiciones establecidos en los contratos respectivos, ningún incumplimiento puede derivarse para la sociedad fiduciaria, en posición propia y como vocera del patrimonio autónomo, por un hecho ajeno, (...) por parte del fideicomitente-gerente, (...) como se vio, era del resorte de la sociedad fideicomitente.”*, (Cfr. Sentencia del 20 de mayo de 2022, Proceso N. 11001 31 99 003 2020 04342 01, Verbal – Acción de Protección al Consumidor Financiero.).



Al punto, se ha señalado por la jurisprudencia que las cuestiones propias de los vicios redhibitorios de los bienes en esta tipología de contratos atañen al constructor, pues ha entendido como “...*innegable que la actividad de la construcción se desarrolla a través de distintas formas negociales que rebasan la hipótesis contemplada en la primera de las disposiciones citadas, en las cuales se encuentran otras personas que, en forma autónoma, desarrollan el proyecto constructivo, de ahí que a pesar de aludir ese artículo únicamente a la construcción de edificios por un precio único prefijado, la responsabilidad allí prevista, también llamada «decenal» se predica del constructor en general, con independencia tanto de la forma de pago del importe, como de que la obra no se haya realizado «por encargo» sino de manera independiente.*”

Luego, si una persona natural o jurídica se encarga de la construcción de bienes raíces y una vez edificados procede a venderlos, él también es responsable en los términos del numeral 3º del artículo 2060, de los daños que se causen al comprador en caso de que la cosa perezca o amenace ruina total o parcialmente en los diez años siguientes a su entrega, siempre que tal situación obedezca a vicios de la construcción, del suelo o de los materiales.» (Sentencia STC1699-2021).

Y es que la “*Obligación de amparar los perjuicios patrimoniales. Sin perjuicio de la garantía legal de la que trata el artículo 8º de la ley 1480 de 2011, en el evento que dentro de los diez (10) años siguientes a la expedición de la certificación Técnica de Ocupación de una vivienda nueva, se presente alguna de las situaciones contempladas en el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil, [corresponde en] el constructor o el enajenador de vivienda nueva, [quien] estará obligado a cubrir los perjuicios patrimoniales causados a los propietarios que se vean afectados” (Negrillas y subrayas fuera del original).”, (Sent. STC1699-2021 del 25 de febrero de 2021, Radicación No. 68679-22-14-000-2021-00002-01).*

Es como el ámbito que se expone, incluso en alegatos, que el beneficio de área no cuenta con las condiciones de oferta, entre ella una tercera habitación, que el metraje construido luce menor, que el hall de habitaciones es un espacio sin luz que impide tenerlo como la tercera habitación, que no se construyó lo que indicaba el plano (anexo 1) del contrato de vinculación y en contravía de la licencia, escapan de esta delegatura para dirimirlo, ya que como se dijo al inicio del proceso, la acción de protección al consumidor está limitada a los contextos que prevé la normativa, es más, serían cuestiones propias conforme se estableció en el contrato al cual se vinculó, de garantías mobiliarias o en su defecto de la acción declarativa de vicios ocultos, ambos escenarios diferentes a la protección del consumidor en materia financiera, donde únicamente radicaría la responsabilidad a verificar de cara a lo estipulado en el contrato y exigencias de Ley, en la ejecución de la sociedad fiduciaria en la entrega y escrituración del inmueble, y a lo sumo, en verificar si el bien cuenta con condiciones de habitabilidad y no tenga ningún impedimento para su enajenación, lo cual se probó conforme el estudio de oficio que se dispuso por esta sede.

En efecto, del estudio técnico efectuado por la arquitecta designada por la Alcaldía Local de Chapinero, fue posible establecer como lo dijo en su informe y en interrogatorio que se le efectuó y llevó a cabo en audiencia anterior, que la construcción del inmueble se desarrolló con fundamento en el plano aportado a la licencia de construcción, y que existía 2 habitaciones y un hall de habitaciones, que las medidas tomadas estaban acordes a los permisos y planos; y que la única diferencia que encontró, no trascendente, fueron 4 centímetros adicionales, dado que “...se encuentra que el Hall de alcobas presenta una dimensión mayor que la aprobada en la licencia de construcción, ya que la dimensión tomada en el sitio arrojó 3,45 metros y en el plano señala 3,41 metros.”, cuya consecuencia, conforme se indagara en audiencia era que se procedería a requerir, al constructor, por el Inspector de Policía para la actualización de las áreas e igualmente, se le indagó si evidenció alguna situación de imposibilidad de vivir en el apartamento para lo cual adujo que de lo que revisó, excepción hecha del servicio de acueducto que no verificó, tenía condiciones de habitabilidad.



No es posible restar valor al trabajo realizado como prueba de oficio, pues la perito dio cuenta de su idoneidad, conocimiento del tema y tarea en que desarrolla este tipo de trabajos, suma que es posible constatar que el análisis se realizó en el inmueble materia de discusión, lo anterior se puede extraer de su dicho, -en portería me remitieron a ese apartamento porque no tienen división de torres y ello me permite inferir solamente hay un apartamento 504-, la dirección señalada en el informe donde llevó a cabo la visita, los planos que revisó en el sitio y las condiciones expuestas en el contrato de fideicomiso confrontados con los demás acervos, y no obra prueba en contrario.

Ahora, en lo que sí correspondería a la sociedad fiduciaria, en los términos del contrato financiero y que nada tiene que ver con la forma en que se llevó a cabo la construcción de los inmuebles representados en beneficio de área, sino en la administración de los recursos para la consecución del proyecto y posterior entrega se tiene que se citó a la parte demandante desde el mes de julio de 2017 en diversas oportunidades, por lo menos tres (3) según da cuenta el documento que se exhibe, y por demás así lo atestó el demandante en su interrogatorio llevado a cabo en el proceso, quien se ha abstenido de acceder a la entrega material como formal del inmueble con fundamento en lo ya descrito, cuestión de voluntad sobre la cual ya no pende obligación de la sociedad fiduciaria, cuyo propio acto del demandante ha impedido se cumpla con el fin último del negocio celebrado y en consecuencia la liquidación del patrimonio autónomo, otra cuestión es, como se dijera renglones antes, que la sociedad fiduciaria acuda o no a las acciones contractuales o judiciales que conduzcan a una entrega coercitiva y/o forzada, así como la consecuente liquidación del fideicomiso para su extinción.

CITACION FIRMA ESCRITURA AP 504 VIRREY II (RESTITUCION)

De: María Isabel Duran - KUBIK (miduran@kubiklab.com)
Para: rafaelotalorapineda@yahoo.com.co
CC: escrituracion@kubiklab.com; gcubillos@labg3.com.co; famaya@kubiklab.com; ventasvirrey@kubiklab.com
Fecha: viernes, 7 de julio de 2017, 05:04 p. m. GMT-5

Buenas tardes Señor Rafael Ojalora Pineda :

En atención al asunto y tomando en cuenta que según lo acordado con el Gerente del Proyecto (Guillermo Cubillos), se le hará entrega del Apartamento 504 el día **Lunes 10 de Julio** mismo día a las **11:30 am** en la **Notaría 35**.

A continuación estamos informando los pasos a seguir para la firma de la escritura y entrega de su inmueble:

- El día y la hora señalada dirigirse con el respectivo documento de identidad original, a la Notaría 35 de Bogotá, ubicada en la Avenida 82 No. 11- 62/82 Local No. 2 y Oficina Informar los pasos a seguir.
- El valor aproximado de los gastos Notariales corresponden a \$1.200.000, valor que debe ser cancelado directamente en la Notaría.
- El valor aproximado de gastos de beneficencia y registro, es la suma de \$ 7.153.760 que deben ser cancelados ese mismo día en efectivo o cheque o transferencia electrónicas.
- Por otra parte debe cancelar su parte correspondiente al pago del Impuesto predial año 2017, es decir la suma de \$1.562.417, valor que debe ser consignado con la inform favor enviarnos por este medio copia de la consignación, para así mismo dar el paz y salvo y aval para la firma de la Escritura Pública.

Además, también se extrae lo anteriormente dicho, del contenido de la Escritura 1116 del 10 de julio de 2017 otorgada en la Notaría 35 del Círculo Notarial de Bogotá D.C.

SEGUNDO Que el día 7 de julio de 2017 la señora Sandra Macias Asistente de Tramites y Cartera de Kubik Lab S A S por medio de correo electrónico dirigido Rafael Ojalora Pineda cito para el 10 de julio de 2017 a las 11 30 a comparecer a esta Notaria a la firma de la Escritura Publica para la transferencia de los mencionados inmuebles

TERCERO Que acepta unicamente la Escritura Publica de transferencia de los garajes 65, 66, 67, 68 y del deposito 20 por encontrarse dentro de lo pactado en el **MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO PARA LA TRANSFERENCIA DEL APARTAMENTO 101 DEL EDIFICIO PINEDA PROPIEDAD HORIZONTAL A PROMOTORA LAB COLOMBIA S A (sic)** suscrito el 24 de julio de 2013 con **PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO S A S NIT 830 501 632-6** con el compareciente, en el **CONTRATO DE VINCULACION COMO APORTANTE DE AREA EN EL FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II** celebrado entre **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S A** como **FIDUCIARIA, PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO S A S** como **FIDEICOMITENTE/PROMOTOR**, y **KUBIK LAB S A S** como **FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR**, con el compareciente, y en el otrosi No 1 al **CONTRATO DE VINCULACION COMO APORTANTE DE AREA EN EL FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II**



(...)

QUINTO Que **NO** acepta la transferencia del Apartamento 504, inmueble que hace parte del EDIFICIO KUBIK VIRREY I y II –PROPIEDAD HORIZONTAL, ubicado en la calle 87 No 19C-41/43/53/59, en la Urbanización Antiguo Country de la ciudad de Bogotá, porque lo establecido en el Memorando de Entendimiento y en el Contrato de Vinculación Como Aportante de Área es contrario a lo expresado en la Escritura Pública 666 del 28 de abril de 2017 otorgada en la Notaría 35 del Circuito de Bogotá, Distrito Capital, por medio de la cual se adiciona la segunda etapa Reglamento de Propiedad Horizontal Edificio Virrey I y II-Propiedad horizontal, que en la página 64 en el numeral 15 **APARTAMENTO QUINIENTOS CUATRO (504) DEPENDENCIAS** se establece claramente “**DEPENDENCIAS**, Salon Comedor, cocina, lavandería, baño social, hall de alcobas, un (1) baño, alcoba con baño y una alcoba” (Negrilla y subrayado fuera de texto) Descripción esta que esta que concuerda con los planos rotulados A- 108 de 118 y PH- 8 de 112, planos estos que hacen parte de mencionado Reglamento de Propiedad Horizontal -----

SEXTO Que de esta situación, (que el apartamento 504 solo fue aprobado por parte de la Curaduría Urbana No 5 de Bogotá D C con dos (2) habitaciones y un hall de alcobas y por lo tanto no podían cumplir con las obligaciones contenidas en Los Contratos), tenían conocimiento **ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S A** como **FIDUCIARIA, PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO S A S** como **FIDEICOMITENTE PROMOTOR**, y **KUBIK LAB S A S** como **FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR** desde el 14 de agosto de 2015, fecha de expedición de la resolución RES15-5-1381 expedida por la Curaduría Urbana No 5 de Bogotá D C por medio de la cual se aceptan las modificaciones de las Licencias de Construcción LC 13-3-0635 del 03 de octubre de 2013 y 15-3-0004 del 05 de enero de 2015 y guardaron silencio al respecto -----

Es así como se advierte que:

(i) los temas de la etapa pre operativa tienen efecto de cosa juzgada; (ii) el análisis de la etapa operativa da cuenta que lo discutido por el demandante trata de asuntos ajenos al contrato de fiducia en materia mercantil, sino a vicios o garantías de cara a la construcción; (iii) que es el fideicomitente promotor quien debería entrar a responder por estos eventos, de ser probados en el juicio que corresponda, pues conforme los clausulados del contrato de fiducia y por demás, la misma esencia de este negocio y su naturaleza, la sociedad fiduciaria no tiene como su objeto social la construcción de proyectos inmobiliarios, sino la administración de los recursos y sus deberes legales como el de diligencia tampoco atañe a estas situaciones enrostradas de aspectos eminentemente constructivos; (iv) que las pruebas allegadas dan cuenta que el demandante fue citado a recibir el apartamento 504 por vía de la suscripción de la escritura pública y a la entrega del inmueble, pero no accedió a ninguno de estos dos escenarios; (v) que este proceso tiene competencia limitada a los temas señalados por el legislador, y por ende, no lo es posible entrometerse en materias, contratos y controversias sobre temas que no le han sido facultados en sede jurisdiccional; (vi) que de lo que sí compete, las obligaciones contractuales y legales a cargo de la sociedad fiduciaria no se evidencian incumplidas, otra cuestión es que no se han llevado a cabo por el mismo actuar del demandante; y (vii) en todo caso se encontró, con ocasión a la prueba de oficio, que el beneficio de área se construyó conforme el plano y la licencia otorgadas por la autoridad competente así como que es habitable.



Ahora, en este vía no es posible aun so capa de un análisis en extenso y aún so capa de la facultades extra y ultra petita, (num. 9 art. 58 Ley 1480), ordenar se escriture, menos se proceda con la entrega, pues como se ha insistido, no compete a este escenario proferir tales ordenes pues escapan de la materia específica a dirimir, responsabilidad de la entidad vigilada con ocasión a la ejecución y desarrollo de un contrato financiero, a lo que se añade contravendría el principio de esta normativa que es la defensa de los derechos del consumidor quien acude a este litigio en resguardo de sus derechos para terminar siendo condenado o resultándole más gravosa su situación.

Pues esta acción no fue confeccionada para terminar condenándose, sancionándose o haciendo más gravosa la situación del consumidor, sino para protegerle de cara a las conductas desarrolladas por la parte prevalente de la relación, cuestión diferente es que no se encuentre mérito en sus pretensiones, empero de cara a estos principios no es posible so capa de aplicar una norma procesal, desconocer estos derroteros que regulan este ejercicio especial, y terminar con esa conducta se reitera, haciendo más contraproducente la realidad del consumidor quien llega para que por esta vía le sea reconocido un derecho y termine siendo condenado.

Además, que es un tema que incluso no ha sido debatido y podría resultar sorpresivo y lesivo al derecho de defensa, pues como lo ilustró la jurisprudencia, “...*las facultades otorgadas al juzgador en las acciones de defensa de los derechos de los consumidores deben armonizar pautas como la del primer canon ejusdem, que refiere como uno de los principios «proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos», junto con la garantía del debido proceso de quienes acuden a la administración de justicia, lo cual hace imperativo que el juzgador motive su decisión frente a los hechos acreditados y a las normas aplicables al caso, para que el consumidor pueda conocer las razones por las cuales se atienden o se desestiman sus solicitudes.*

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.”, (cfr. Sent. SC-2879 de 2022 Sala de cas. Civil Corte Sup. de Justicia).

En síntesis, se denegarán las excepciones Falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, Prescripción, Relatividad de los contratos, Incumplimiento de la demandante y Excepción de contrato no cumplido; y ha de acogerse la excepción denominada -No hay responsabilidad de la fiduciaria, los asuntos demandados no son responsabilidad de la fiduciaria-, sin lugar a analizar alguna otra defensa pues esta es suficiente para denegar las pretensiones de la demanda, (art. 282 del CGP.).

No se condenará en costas al no encontrarse probada su existencia y por consecuente su causación, (num. 8° del artículo 365 del CGP.), amen que como quedó establecido desde el exordio de las consideraciones, este proceso es de protección al consumidor no de condena a este y menos es para hacerle más gravosa su situación ya que ello contravendría los principios de los preceptos que regulan estas relaciones de consumo, (art. 4° Ley 1480).

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 Falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, Prescripción, Relatividad de los contratos, Incumplimiento de la demandante y Excepción de contrato no cumplido.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción No hay responsabilidad de la fiduciaria, los asuntos demandados no son responsabilidad de la fiduciaria.

TERCERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIDY ARNOLDO SERRANO GARCÉS
PROFESIONAL ESPECIALIZADO
80030-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES TRES

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>20 de agosto de 2024</u>  MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario